

Für das Nachschlagewerk !
Für die amtliche Sammlung !

Gesetz: AbzG § 5

Rechtssatz: Besteht ein Dritter in einem von dem Abzahlungsver-
käufer betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren die
an den Abzahlungskäufer verkaufte Sache, so ist
eine entsprechende Anwendung des § 5 AbzG jedenfalls
dann nicht möglich, wenn die Kaufsache ihre Benutz-
barkeit endgültig verloren hatte und die Pfandverwer-
tung dem Käufer eine Nutzungsmöglichkeit nicht ent-
zieht.

Aktenzeichen: VIII ZR 77/56
Urt. des BGH v. 30. Oktober 1956

OLG Bamberg
LG Bamberg

Verkündet am 30. Oktober 1956
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Mietautobesitzers Albin S. [REDACTED] in S. [REDACTED]
[REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Transportunternehmer und Kraftfahrzeughändler Sepp
K. [REDACTED] in H. [REDACTED]/A. [REDACTED], Gasthof zur E. [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1956 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundes-
richter Artl, Dr. Spieler, Dr. Hengsberger und Liesecke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom
9. Februar 1955 aufgehoben und die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger kaufte am 21. November 1950 nach Vornahme einer Probefahrt von dem Beklagten einen gebrauchten Büssing-Omnibus mit der Vereinbarung, daß er den Wagen wie besehen und probegefahren kaufe und nach Abschluß des Kaufvertrages keinerlei Reklamationen in Anspruch nehmen könne. Der Wagen wurde dem Kläger am 24. November 1950 übergeben. Der Kaufpreis betrug 7.000,00 DM, auf den der Kläger zwei Raten von je 1.000,00 DM zahlte; für den Rest akzeptierte der Kläger 15 Wechsel über je 300,00 DM und zwei Wechsel über je 250,00 DM, die er dem Beklagten übergab. Er löste den ersten Wechsel ein. Der zweite Wechsel, der am 24. Februar 1951 fällig war, ging zu Protest und wurde eingeklagt. In dem Wechselprozeß wandte der jetzige Kläger ein, der Verkäufer habe ihm eine Reihe erheblicher Mängel arglistig verschwiegen, die dazu geführt hätten, daß der Wagen nicht zugelassen werden konnte und deshalb stillgelegt werden mußte. Nach rechtskräftiger Erledigung des Wechselprozesses, in dem der jetzige Kläger mit seinen Einwendungen nicht durchkam, betrieb der jetzige Beklagte die Zwangsvollstreckung in den Omnibus, der im Jahre 1953 versteigert wurde und nur einen Erlös von 283,26 DM brachte. Der Verkäufer hatte sich das Eigentum an dem Omnibus bis zur Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger Rückzahlung der dem Beklagten gezahlten ersten und zweiten Kaufpreiskrate von je 1.000 DM und Herausgabe von 13 Wechseln über je 300 DM und zwei Wechseln über je 250 DM.

Der Kläger behauptete, er habe bei den Kaufverhandlungen mit dem Beklagten immer wieder hervorgehoben, daß er den Omnibus zum Betrieb eines ständigen Autobuslinienverkehrs verwenden wolle und daß er auf die Zulassung des Wagens



angewiesen sei. Er habe daher den Kauf nur unter der stillschweigenden Bedingung der Erteilung der Zulassung abgeschlossen, die wegen der Mängel des Omnibusses nicht erreichbar gewesen sei. Ohne fachmännische und technische Überprüfung seien die Mängel des Fahrzeugs für ihn bei der Probefahrt nicht zu erkennen gewesen. Der Beklagte habe auch arglistig gehandelt. Er habe den Omnibus im Jahre 1949 benutzt, obwohl er den Vorschriften der BO-Kraft nicht entsprochen habe. Der Omnibus habe Mängel aufgewiesen, die bereits am 2. November 1949 von der technischen Prüfstelle beanstandet worden seien. An diesem Tage sei das Fahrzeug verkehrsunsicher geschrieben worden. Insbesondere sei arglistig verschwiegen worden, daß bei der technischen Überprüfung im November 1949 die Bremsen des Fahrzeugs beanstandet wurden und immer noch nicht funktionierten, daß der Aufbau beanstandet worden sei und nicht die erforderliche Festigkeit habe und daß der Motor aufgefroren und leck gewesen sei. Der Beklagte habe diese Mängel gekannt und sei sich darüber im klaren gewesen, daß bei einer erneuten Überprüfung des Wagens die Zulassung verweigert worden wäre. Deshalb habe er ein großes Interesse daran gehabt, den Omnibus rasch zu verkaufen.

Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, und ferner - nach Ermässigung des ursprünglichen um 300 DM höheren Widerklageantrages - , den Kläger zur Zahlung von 4.416,75 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Er bestritt, daß der Kläger ihn bei den Kaufverhandlungen darauf hingewiesen habe, er wolle den Omnibus im Linienverkehr verwenden. Dies sei auch belanglos, weil er den Wagen auch für diesen Verwendungszweck mit gutem Gewissen habe verkaufen können. Der Omnibus sei bei ihm seit 1945 ununterbrochen gelaufen. Die vom Kläger gerügten Mängel des Aufbaues seien sichtbar gewesen, sie stünden daher unter dem

vereinbarten Haftungsausschluß. Mängel am Fahrzeug zur Zeit des Kaufabschlusses seien ihm nicht bekannt gewesen; er habe den Wagen nie gefahren und von seinen Kraftfahrern sei stets berichtet worden, daß der Wagen einwandfrei lief. Dem Omnibus habe auch nicht die Zulassungsfähigkeit gefehlt; er sei nämlich bei ihm bis zum 31. Dezember 1953 zugelassen gewesen. Aus diesem Grunde habe er nicht daran gezweifelt, daß der Omnibus auch für den Kläger zugelassen werden würde. Es habe nur an der mangelnden Initiative des Klägers gelegen, wenn er keine Zulassung erhalten habe.

Das Landgericht wies die Klage ab und verurteilte den Kläger auf die Widerklage unter Abweisung des Mehranspruchs zur Zahlung von 4.400 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der vom Kläger akzeptierten und noch nicht eingelösten Wechsel. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Kläger das Berufungsurteil aufzuheben, nach dem Klageantrag zu erkennen und die Widerklage in vollem Umfange abzuweisen, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht stellt fest, daß der dem Kläger verkaufte Kraftwagen als Omnibus im Linienverkehr verwendet werden sollte und daß dies dem Beklagten als Verkäufer bei den Kaufverhandlungen bekannt war. Der Kläger habe unter anderem erklärt, er brauche den Omnibus zur Beförderung von Arbeitern für seine Linie Eltinghausen - Schweinfurt, er brauche einen Wagen der einsatzfähig sei. Der Beklagte habe erwidert, der Wagen sei zugelassen, er laufe bei ihm und würde auch weiter laufen. Nach der Probefahrt habe der Kläger erklärt, der Wagen sei maschinell

in Ordnung; das sei der richtige Omnibus für ihn. Durch diese wechselseitigen Erklärungen, so führt das Berufungsgericht aus, haben die Parteien die Rechtswirksamkeit ihres späteren Kaufabschlusses weder ausdrücklich noch stillschweigend davon abhängig gemacht, daß der Omnibus bei seiner bevorstehenden Überprüfung durch die zuständige Technische Prüfstelle als verkehrssicher befunden und als Linienverkehrsfahrzeug zugelassen werden würde. Der schriftliche Kaufvertrag, der die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich habe, lasse jede Bezugnahme auf den Verwendungszweck und jede Andeutung eines nur bedingten Kaufabschlusses vermissen. Er bestimme vielmehr, daß der Kläger den Omnibus "wie gesehen und probegefahren" kaufe, den Wagen "besichtigt und abgenommen" habe und keinerlei "Reklamationen nach Abschluß des Kaufvertrages in Anspruch nehmen" könne. Unter diesen Umständen sei es nicht möglich, den Kaufvertrag dahin auszulegen, daß er nur bedingt abgeschlossen worden sei.

Diese Auslegung des Kaufvertrages wird von der Revision nicht angegriffen. Sie ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II. Die Revision wendet sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es verneint, daß der Kläger durch arglistige Täuschung zum Abschluß des Kaufvertrages bestimmt worden sei.

Bei Prüfung der einzelnen Angriffe der Revision ist zunächst davon auszugehen, daß das Berufungsgericht dahingestellt läßt, ob der Beklagte eine den Anforderungen des Gesetzes entsprechende unzweideutige und unbedingte Anfechtungserklärung abgegeben hat. Es nimmt zutreffend an, daß der Kläger sich auf die Anfechtung des Kaufvertrages und die Wandlungseinrede nebeneinander berufen

hat und daß daher zunächst zu prüfen ist, ob der Vertrag rechtswirksam angefochten wurde.

Für die Revisionsinstanz muß unterstellt werden, daß der Kläger die von ihm behauptete Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung rechtzeitig erklärt hat.

Im einzelnen handelt es sich bei den Angriffen der Revision noch um folgende Mängel.

1) Die Revision macht geltend, daß bei der Untersuchung des Omnibusses am 7. Dezember 1950 durch die Technische Prüfstelle für den Kraftfahrzeugverkehr in Würzburg nach dem zu den Akten gereichten Untersuchungsbefund der Fußboden nicht gleitsicher gewesen sei und daß dieser Mangel bereits früher, nämlich bei der Nachuntersuchung des Wagens am 24. November 1949, beanstandet worden, dem Beklagten also offenbar bekannt gewesen sei.

Hieran ist richtig, daß in dem Gutachten der Technischen Prüfstelle Nürnberg über die Nachuntersuchung vom 24. November 1949 als Mangel aufgeführt ist, daß die Einstiegsstufen nicht gleitsicher waren. Wenn das Berufungsurteil ausführt, daß dieser am 24. November 1949 festgestellte Mangel bei den Untersuchungen in Würzburg vom 7. Dezember 1950 und 22. Januar 1951 nicht mehr beanstandet worden sei, so hat es offensichtlich in dem an diesen Tagen festgestellten Mangel "Fußboden nicht gleitsicher" nicht den gleichen Mangel gesehen, der am 24. November 1949 mit "Einstiegsstufen nicht gleitsicher" bezeichnet worden ist. Dies ist nach dem Wortlaut möglich. Die Würdigung liegt auf tatsächlichem Gebiet und wird durch die von dem Berufungsgerecht erwähnte, mit Schriftsatz des Klägers vom 15. Januar 1955 vorgetragene Behauptung unterstützt, daß auch der Mangel "Einstiegsstufen nicht gleitsicher" bei den Untersuchungen in Würzburg beanstandet und mit der Bezeichnung "Aufbau schadhaf" umschrieben worden sei. Dies hat das Be-

berufungsgericht mit näheren Ausführungen als nicht zureichend erachtet. Es ergibt sich aber aus dem Vorbringen des Klägers, daß von ihm selbst nicht eine Identität zwischen den Mängeln "Einstiegsstufen nicht gleitsicher" und "Fußboden nicht gleitsicher" angenommen und behauptet worden war. Es ist daher der Revision nicht zuzugeben, daß das Berufungsgericht insoweit § 286 ZPO verletzt habe, als es die Urkunde vom 7. Dezember 1950 nicht im Sinne des Revisionsangriffs gewürdigt hat.

2) Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Feuerlöscher nicht betriebsfähig war und die Ersatzlampen für die Beleuchtung fehlten, meint jedoch, daß der Kläger über diese beiden Fehler nicht arglistig getäuscht worden sei. Hiergegen wendet sich die Revision unter Hinweis darauf, daß die Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von der Einsatzfähigkeit des Autobusses ausgingen und daß die Einsatzfähigkeit bei Fehlen dieser beiden Posten nicht gegeben gewesen sei. Diese Bedenken greifen nicht durch. Das Landgericht hat diese Mängel als Abnutzungerscheinungen am Omnibus angesehen, für die der Beklagte nicht aufklärungspflichtig gewesen sei, und hat ausgeführt, daß selbst bei Annahme einer Aufklärungspflicht ein arglistiges Verhalten des Beklagten nicht nachgewiesen sei. Wenn das Berufungsgericht in dem Umstand, daß beide Mängel schon bei der Nachuntersuchung am 24. November 1949 beanstandet wurden, keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür sieht, daß der Beklagte diese beiden Mängel arglistig verschwiegen habe, so liegt auch diese Würdigung des Sachverhalts auf tatsächlichem Gebiet und ist aus Rechtsgründen umsoweniger zu beanstanden, als der Beklagte unstreitig den Kläger an den Fahrer M. [REDACTED] verwiesen hatte, um sich über den Zustand des Wagens zu unterrichten, und es an

einem tatsächlichen Vorbringen dafür fehlt, daß der Beklagte oder der Zeuge bei dieser Erkundigung dem Kläger bewußt verschwiegen haben, daß der Feuerlöscher nicht betriebssicher sei und daß die Ersatzlampen immer noch fehlten. Es besteht kein Anlaß anzunehmen, daß das Berufungsgericht der Ansicht gewesen sei, der Feuerlöscher und die Ersatzlampen gehörten nicht zur Betriebssicherheit des Fahrzeugs, und daß es aus diesem Grunde die Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht als gerechtfertigt angesehen hat. Entgegen der Ansicht der Revision war das Berufungsgericht auch nicht verpflichtet, in diesem Zusammenhang die Bekundung des Zeugen MÖ [REDACTED] zu würdigen, dem Kläger sei gesagt worden, daß er mit Reparaturen in der nächsten Zeit nicht zu rechnen habe. Eine Verletzung des § 286 ZPO ist daher auch unter diesem Gesichtspunkte nicht dargetan.

3) Dagegen rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht den Beweisangeboten über die Schadhaftheit des Aufbaues nicht nachgegangen ist.

Der Kläger hatte im ersten Rechtszuge mit Schriftsatz vom 31. März 1954 behauptet, der Autobus hätte einen vollkommen neuen Aufbau bekommen müssen, da sein Aufbau in seiner ganzen Ausführung nicht mehr den Erfordernissen entsprochen habe, (Sitze zu eng beisammen, Notausstieg zu klein, usw) und nicht mehr die erforderliche Festigkeit gehabt habe; der neue Aufbau hätte etwa 20.000 DM gekostet. Hierfür hatte sich der Kläger u.a. auf den Ingenieur Holzappel der Technischen Prüfstelle Würzburg als sachverständigen Zeugen berufen. In der Berufungsbegründung hat der Kläger sodann beanstandet, daß das Landgericht diesem Beweisantrag nicht entsprochen hat, und weiter ausgeführt, bei der technischen Prüfung des Autobusses am 7. Dezember 1950 habe sich gezeigt, daß der ganze Aufbau (Holzaufbau)

morsch sei und in seiner Gänze nur durch Eisenbänder und zwei in der Mitte des Schiebedaches angebrachte Verbindungsstangen zusammengehalten werde. Beim Entfernen der Eisenbänder wäre der ganze Aufbau zusammengefallen. Diesen Zustand des Aufbaues habe ihm der Kläger und dessen Beauftragter, der Zeuge M■■■■■, verschwiegen. Aus dem technischen Prüfungsprotokoll vom 2. November 1949 sei ersichtlich, daß damals der Aufbau noch nicht schadhaft gewesen sei. Hieraus sei zu folgern, daß er erst in der Zeit zwischen dem 2. November 1949 und dem Abschluß des Kaufvertrages so schadhaft geworden sei, daß er von dem Beklagten mit den Eisenbändern und Schienen zusammengebunden werden mußte. Da es sich dabei um eine größere und zeitraubende Reparatur gehandelt habe, sei sie selbstverständlich dem Beklagten bekannt gewesen. In ihrem Verschweigen liege eine arglistige Täuschung. Auch hierfür hat sich der Kläger auf die Prüfungsprotokolle und das Gutachten des Sachverständigen Holzapfel bezw auf dessen Zeugnis berufen.

Mit diesen Ausführungen hat der Kläger eine arglistige Täuschung schlüssig behauptet. Das wird auch von dem Berufungsgericht nicht verkannt. Das Berufungsgericht erblickt jedoch in dem Vorbringen in der Berufungsbegründung neue Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel, deren Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die, weil sie der Kläger aus grober Nachlässigkeit nicht schon früher vorgebracht habe, nach § 529 Abs 2 ZPO zurückzuweisen seien. Die Ansicht des Klägers, er habe diese Behauptungen bereits im ersten Rechtszuge aufgestellt, sei unzutreffend. Er habe in der Klageschrift die Notwendigkeit eines Umbaues der Karosserie und eine Erneuerung des Omnibusaufbaues allein aus Beanstandungen hergeleitet, die sich als unbegründet erwiesen hätten.

Auch in den Schriftsätzen des Klägers vom 12. Oktober 1953 und 31. März 1954 Ziff 2 sei von keinen anderen Mängeln des Aufbaus die Rede als von solchen, für die nach der - falschen - Ansicht des Klägers Ausnahmegenehmigungen erforderlich gewesen wären.

Das ist nicht richtig. Denn der Kläger hatte schon im ersten Rechtszuge behauptet und unter Beweis gestellt, daß der Aufbau nicht die erforderliche Festigkeit gehabt habe, und es bestand kein Anhaltspunkt dafür anzunehmen, daß auch bei diesem Mangel es sich nur um einen solchen handelte, für den eine Ausnahmegenehmigung erforderlich gewesen sei. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Kläger schon in dem Vorprozeß, auf dessen Akten im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils und mittelbar durch Bezugnahme auf diesen Tatbestand auch im Urteil des Berufungsgerichts Bezug genommen ist, mehrfach erläutert hatte, worin der Mangel der fehlenden Festigkeit des Aufbaues zu sehen sei (vgl in den Beiakten C 27/51 des Amtsgerichts Höchstadt die Schriftsätze des dortigen Beklagten vom 16. April 1951 S 3 Bl 21), vom 5. Dezember 1951 S 4 (Bl 47 R), vom 30. Mai 1952 S 5 (Bl 65), vom 3. September 1952 S 2 und 3 (Bl 82 R, 83), vom 4. September 1952 (Bl 84), vom 5. September 1952 (Bl 87). Wenn das Gericht des ersten Rechtszuges Zweifel haben konnte, wie die Behauptung des Klägers, der Aufbau sei auch wegen der fehlenden Festigkeit nicht mehr verkehrssicher gewesen, zu verstehen sei, so hätte es im Hinblick auf die beigezogenen Akten und die darin enthaltenen Ausführungen des Klägers diesen gemäß § 139 ZPO befragen und aufklären müssen, ob der Kläger diesen Mangel weiter in dem früher geschilderten Sinne behauptet. Unter diesen Umständen kann das Vorbringen der Berufungsbegründung nicht als neu im Sinne des § 529 Abs 2 ZPO angesehen und auch nicht gesagt werden, daß der Kläger es infolge grober Fahrlässigkeit unterlassen habe, die näheren Erläuterungen seiner bereits im ersten Rechtszuge aufgestellten Behauptung schon in die-

sem Rechtszuge zu geben. Er konnte vielmehr davon ausgehen, das Gericht werde die Behauptung der mangelnden Festigkeit des Aufbaues im Hinblick auf die näheren Ausführungen in den beigezogenen Akten des Vorprozesses in dem dort bereits im einzelnen vorgetragenen Sinne verstehen.

Ist somit die Anwendung des § 529 Abs 2 ZPO nicht zu rechtfertigen, so war das Berufungsurteil aus diesem Grunde aufzuheben und dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die erforderliche weitere Aufklärung des Sachverhalts zu diesem Punkt vorzunehmen.

4) Eine weitere Rüge der Revision bezieht sich auf den Motorblock des Omnibusses. Das Berufungsgericht nimmt im Gegensatz zum Landgericht an, daß der Motorblock früher offenbar aufgefroren gewesen sei. Es meint aber unter Hinweis auf die Aussage des Zeugen M■■■■■, der Schaden sei so instandgesetzt worden, daß er den regelmäßigen Einsatz des Omnibusses beim Beklagten in keiner Weise behindert habe. Der Kläger habe den Omnibus probefahren und maschinell in Ordnung befunden. Unter diesen Umständen handle der Beklagte nicht gegen Treu und Glauben, wenn er es unterließ, den Kläger auf die sichtbar an dem Motorblock angenietete Platte eigens hinzuweisen. Der Kläger habe diesen Mangel, wenn nicht bereits bei der Probefahrt oder bei der Abnahme des Omnibusses so doch unmittelbar danach festgestellt und gleichwohl den Omnibus nicht sogleich zurückgegeben, sondern für seine Zwecke benutzt; er habe auch das erste Wechselakzept eingelöst und mehr als 800 DM aufgewendet, um Abnutzungsmängel des Wagens zu beseitigen. Aus allem folge, daß der beim Beklagten nicht störend in Erscheinung getretene Zustand des Motorblocks für den Kaufentschluß des Klägers unmaßgeblich gewesen sei und

daß der Beklagte nicht gegen Treu und Glauben verstoßen habe, wenn er es unterließe, den Kläger bei den Kaufverhandlungen auf diesen Mangel eigens hinzuweisen.

Demgegenüber rügt die Revision, das Berufungsurteil habe einen Beweisantrag übergangen. Mit diesem Antrag im Schriftsatz vom 15. Januar 1955 S 3 hatte der Kläger sich auf Gutachten eines Sachverständigen der Autobranche dafür bezogen, daß die Platte auf dem Motorblock kein Schönheitsfehler sei, sondern zum Verdecken einer schadhaften Stelle des Motorblocks, wo das Kühlwasser austrete und der Motorblock lecke, d.h. dauernd Kühlwasser verliere, angebracht worden sei.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Beweisantrag den Erwägungen des Berufungsgerichts entgegensteht, mit denen es eine Verpflichtung des Beklagten, den Kläger auf diesen Mangel hinzuweisen, und die Ursächlichkeit der Unkenntnis des Klägers von diesem Mangel für seinen Kaufentschluß verneint. Da das Berufungsurteil bereits aus einem anderen Grunde nicht aufrechterhalten werden kann, bleibt es dem Kläger vorbehalten, seine Bedenken gegen die Ansicht des Berufungsurteils über die Bedeutung des schadhaften Motors für die Aufklärungspflicht des Beklagten und seines Erfüllungsgehilfen sowie für die Ursächlichkeit des abgeschlossenen Vertrages der Tatsacheninstanz vorzutragen. Hinsichtlich der Aufklärungspflicht des Beklagten wird bei einer erneuten Würdigung des Sachverhalts insoweit zu berücksichtigen sein, daß die Aufklärungspflicht nicht schon deshalb entfällt, weil es sich um ein langjährig benutztes Fahrzeug handelte und der Beklagte den Kläger darauf verwiesen hatte, den Omnibus zu besichtigen und zu erproben. Auch bei einem Verkauf mit der Beifügung "wie besehen und probefahren" ist der Verkäufer eines gebrauchten Kraftfahrzeugs nicht schlechthin von der Verpflichtung entbunden,

den Käufer auf Mängel hinzuweisen, die für die Entschliessung des Käufers, den Wagen zu dem verlangten oder ausgehandelten Preis zu kaufen, von Bedeutung sein konnten. War der Motor aufgefroren und hatte er hierdurch eine erhebliche Minderung erfahren, so ist dieser Fehler nicht den üblichen Abnutzungserscheinungen gleichzusetzen, mit denen der Käufer eines langjährig gefahrenen Kraftwagens ohne weiteres zu rechnen hatte. Es erscheint auch nicht unbedenklich, aus den Tatsachen, daß der Kläger nach Kenntnis dieses Mangels das erste Wechselakzept einlöste, den Wagen kurze Zeit weiter benutzte und für Instandsetzungen mehr als 800 DM aufwendete, zu folgern, daß die Unkenntnis von dem nach Kaufabschluß zu Tage getretenen Zustande des Motorblocks für den Kaufentschluß des Klägers unmaßgeblich gewesen sei. Diese Umstände können ihre Erklärung auch in anderen Erwägungen des Käufers finden, z.B. in dem inneren Vorbehalt des Käufers, falls der Wagen zugelassen würde, wegen dieses Mangels eine Minderung des Kaufpreises zu verlangen.

III. Es bedarf auch keiner Prüfung der Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 138 Abs 1 oder § 138 Abs 2 BGB mit fehlerhaften Erwägungen verneint. Denn diese Frage wird ohnehin von dem Berufungsgericht erneut zu prüfen sein, wenn das Ergebnis der erforderlichen Beweisaufnahme über die Schadhaftigkeit des Aufbaus und die hierdurch begründeten Mängel vorliegt. Danach wird das Berufungsgericht aufgrund der neuen Feststellungen zu prüfen haben, ob ein Mißverhältnis zwischen Preis und Wert der Kaufsache im Sinne des § 138 BGB besteht und ob der Beklagte eine Unerfahrenheit des Klägers ausgenutzt hat. Deshalb bedarf es keines weiteren Eingehens auf die Frage, ob die Annahme des Berufungsgerichts, aus dem Versteigerungserlös lasse sich nicht fol-

gern, daß der Omnibus bereits beim Kaufabschluß nur noch Schrottwert hatte, auf rechtlich einwandfreien Erwägungen beruht.

IV. Da der Kläger den Omnibus wegen einer Abzahlungsrate zur Versteigerung gebracht hat und es sich, wie das Berufungsgericht ohne erkennbaren Rechtsirrtum annimmt, um einen Abzahlungskauf im Sinne des Abzahlungsgesetzes handelt, stellt sich die Frage, ob die Verwertung des Omnibusses im Wege der Zwangsvollstreckung die Rücktrittsfolgen des Abzahlungsgesetzes ausgelöst hat. Nach § 5 AbzG gilt es als Ausübung des Rücktrittsrechts, wenn der Verkäufer auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache wieder an sich genommen hat. Der Sinn und Zweck dieser Bestimmung besteht darin zu verhindern, daß der Käufer auf Veranlassung des Käufers den Besitz und die Sache verliert und gleichwohl für die Zahlung des Kaufpreises weiter haftet. Deshalb wurde die Vorschrift von dem Reichsgericht in einem Falle angewendet, in dem der Abzahlungsverkäufer einen Lastzug dem Käufer aufgrund einer einstweiligen Verfügung fortnehmen ließ, damit er einem Sequester als Treuhänder beider Parteien des Abzahlungsgeschäfts übergeben würde (RGZ 139, 205). In dieser Entscheidung führt das Reichsgericht aus, es komme nicht darauf an, ob der Verkäufer den alleinigen Besitz an der Kaufsache zurückerlangt, sondern darauf, ob der Käufer auf Veranlassung des Verkäufers den Besitz einbüßt, der es ihm ermöglicht, die Sache zu nutzen. Ob dies geschehe, sei im Einzelfalle unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Denn wie namentlich § 6 AbzG erkennen lasse, komme es bei der Anwendung dieses Gesetzes in erster Linie auf den wirtschaftlichen Erfolg der jeweils gegebenen Sachlage an. Wirtschaftlich sei es aber für den Käufer ganz gleich, ob ihm der unmittelbare Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit zum Zwecke einer amtlichen

Verwahrung der Sache genommen werden.

Dieser Schutzzweck des § 5 AbzG hat dazu geführt, die Bestimmung und die in ihr ausgesprochene Rücktrittsfiktion auch für Fälle entsprechend anzuwenden, in denen der Abzahlungsverkäufer wegen seiner Forderung aus dem Abzahlungskauf dem Abzahlungskäufer die Kaufsache im Wege der Zwangsvollstreckung entzieht, und zwar auch für den Fall, daß sie bei der Pfandverwertung durch einen Dritten erworben wird. Für die entsprechende Anwendung des § 5 auch für den letzten Fall haben sich ausgesprochen u a Klauss, AbzG Anm 418, 419, 420; Wangemann in dem Aufsatz "Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache" NJW 52, 1318; Gramm bei Palandt, AbzG § 5 Anm 3 b (vgl Ewald, Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, 1956, S 111).

Der Bundesgerichtshof hat, soweit ersichtlich, diese Frage noch nicht entschieden. Er hat sich jedoch in zwei Entscheidungen vom 10. und vom 24. November 1954 mit der Frage der entsprechenden Anwendung des § 5 AbzG in Fällen befaßt und sie bejaht, in denen dem Abzahlungsverkäufer die Pfandsache im Wege der Zwangsvollstreckung zugeschlagen wurde (BGHZ 15, 171) und dem Abzahlungsverkäufer durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts gemäß § 825 ZPO gestattet wurde, die Pfandsache freihändig zu einem bestimmten Übernahmepreis zu verkaufen (BGHZ 15, 241). In beiden Fällen hat der Bundesgerichtshof die Frage offen gelassen, ob die Rücktrittswirkung auch bei anderer Pfandverwertung ausgelöst wird. Auch der Bundesgerichtshof sieht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts den Sinn des § 5 AbzG darin, das nach Ansicht des Gesetzgebers unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, daß der Käufer den Besitz der Sache und damit die Möglichkeit einbüßt, sie wirtschaftlich zu nutzen, aber weiter für den Kaufpreis haftbar bleibt (so insbesondere BGHZ 15, 241 [245]). Mit näherer Begründung wird

in dieser Entscheidung ausgeführt, daß es geboten erscheine, - gerade weil die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und unter Voranstellung ihres Schutzzweckes ausgelegt werden müßten (RGZ 139, 205 208; BGHZ 3, 257) - den Schutz des § 5 AbzG dem Käufer auch dann zu gewähren, wenn diesem die gekaufte Sache im Wege der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch den Verkäufer entzogen werde (vgl. auch RGZ 146, 182 189). In der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zum Abzahlungsgesetz werde, so führt die Entscheidung aus, bemerkt, daß eine Zurücknahme der Sache im Sinne des § 5 auch dann anzunehmen sei, wenn der Verkäufer sie infolge besonderer Vertragsabrede zum öffentlichen Verkauf bringe. Es könne, so meint der Bundesgerichtshof aaO, die öffentliche Pfändverwertung aufgrund einer Ausklagung der Kaufpreisforderung schwerlich anders behandelt werden. Daß die letztere Möglichkeit in den Gesetzesmaterialien nicht erwähnt sei, möge darauf zurückzuführen sein, daß im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses die Zulässigkeit der Pfändung eigener Sachen durchweg nicht anerkannt worden sei. Diesen Erwägungen schließt sich der erkennende Senat an.

Da es bei dem Schutzgedanken des § 5 AbzG nicht entscheidend darauf ankommt, daß der Abzahlungsverkäufer sich wieder in den Besitz der Sache setzt, sondern darauf, daß er dem Abzahlungskäufer den Besitz der Kaufsache und die Möglichkeit, sie zu nutzen, im Wege der Zwangsvollstreckung wegen seiner Kaufpreisforderung entzieht, so spricht viel dafür, die Vorschrift des § 5 AbzG auch auf den Fall anzuwenden, daß ein Dritter die Kaufsache bei der von dem Abzahlungsverkäufer veranlassten Zwangsversteigerung erwirbt (vgl. auch Wangmann, NJW 1956, 732 734 w. Sp7).

Die Frage bedarf in dem vorliegenden Fall jedoch keiner Entscheidung, da der Omnibus im Zeitpunkt der Besitzentziehung und schon lange vorher unstreitig von dem Kläger nicht benutzt werden konnte und der Kläger auch nicht in der Lage war, ihn für sich benutzbar zu machen. In diesem besonderen Ausnahmefalle fehlt es nach dem Sinn und Zweck des § 5 AbzG an einer wesentlichen Voraussetzung für eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung, nämlich zu verhindern, daß dem Abzahlungskäufer die Möglichkeit genommen wird, die Kaufsache zu nutzen, daß er aber gleichwohl für die Kaufpreisforderung weiter haftbar bliebe. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob bei unmittelbarer Anwendung des § 5 AbzG die Rücktrittsfolgen schon dann nicht eintreten, wenn der Abzahlungskäufer die Kaufsache wegen ihrer Beschaffenheit nicht nutzen kann. Bei der entsprechenden Anwendung der Vorschrift muß jedenfalls auf ihren Zweckgedanken abgestellt werden, der eine Ausdehnung nur auf solche Fälle verlangt und zuläßt, die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nach dem Grundgedanken des Gesetzes einen besonderen Schutz verdienen. Aus diesem Grunde ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß für den vorliegenden Fall eine entsprechende Anwendung des § 5 AbzG verneint werden muß.

V. Zusammenfassend ergibt sich, daß das Berufungsurteil auf die Revision des Klägers deshalb aufgehoben werden mußte, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die erforderlichen weiteren Aufklärungen hinsichtlich der vorstehenden im einzelnen ausgeführten Gesichtspunkte vorzunehmen, und daß deshalb die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen war.

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. Spieler

Dr. Hengsberger

Liesecke