

Undet am 9. Oktober 1954
[redacted], Justizassistent
Urkundsbeamter der Ge-
ftsstelle

2352 0'0

Versäumnisurteil

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

In dem Rechtsstreit

des Fuhrunternehmers Walter R [redacted] in H [redacted]
B [redacted], G [redacted]weg [redacted],

Klägers, Berufungsklägers und Revisions-
klägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

den Ingenieur Richard R u [redacted] in H [redacted]-Gr.F [redacted],
K [redacted]weg [redacted],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Re-
visionsbeklagten,

.- Prozessbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt
Dr. [redacted]

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 1954 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Kleinewefers, Dr. Gelhaar,
Dr. Meyer, Hanebeck und Dr. Bode

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlan-
desgerichts zu Hamburg vom 9. April 1953 auf-
gehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Vertrag vom 19. Juli 1950 "vermietete" der Beklagte an den Kläger für die Zeit bis zum 18. Oktober 1951 seinen Lastzug, bestehend aus einem Lastkraftwagen Mack-Diamond-Diesel, 131 PS, zugelassen unter BH [REDACTED] für 8,1 t, und dem Eva-Anhänger BH [REDACTED], zugelassen für 7,5 t, für monatlich 1000 DM. Vereinbarungsgemäss händigte der Kläger dem Beklagten 15 Wechselakzepte über die jeweils fällig werdenden Monatsbeträge aus und zahlte ihm sogleich auch 3000 DM, die auf die Zahlungen für die letzten drei Monate verrechnet werden sollten. Der Beklagte versicherte im Vertrage, dass der LKW im November 1949 einen Austauschmotor sowie Austausch einspritzpumpe und -kompressor erhalten und dass der Lastzug inzwischen keinesfalls mehr als 20 000 km gelaufen habe. Im übrigen wurde der Lastzug unter ausdrücklichem Ausschluss jeder Mängelrüge in dem Zustand, in dem er sich befand, mit dem Hinweis übergeben, dass der linke Chassisarm eine Verstärkung erhalten habe und der ganze Lastzug nach einem am 23. März 1950 erlittenen Unfall ausgebessert worden sei. Mit der Übergabe übernahm der Kläger den Lastzug in eigene Regie und auf eigenes Risiko. Dem Beklagten wurde das Recht eingeräumt, bei unsachgemässer oder ordnungswidriger Benutzung des Lastzuges oder bei nicht termingerechter Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen durch den Kläger vom Vertrage zurückzutreten. Nach ordnungsmässiger Erfüllung aller Zahlungs- und sonstigen Verpflichtungen durch 15 Monate sollte der Lastzug automatisch in Besitz und Eigentum des Klägers übergehen.

- 3 -

Der Kläger hat den Betrag des ersten Monatsakzepts gezahlt. Am 16. Oktober 1950 hat er den Lastzug an den Beklagten zurückgegeben. Darauf hat er den Beklagten, von dem er die übrigen Wechsel inzwischen zurückerhalten hat, auf Rückgewähr der gezahlten 4000 DM sowie Zahlung weiterer 2000 DM, später 2500 DM, in Anspruch genommen und um die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eines Teils dieser Beträge in Höhe von 124,65 DM an eine Vollstreckungsgläubigerin (Firma H. & P. in H.-A.) und des Restes an ihn selbst gebeten.

Zur Begründung hat er vorgebracht: Der Lastzug habe nicht die zugesicherte Tragfähigkeit gehabt. Wie sich bei einer Überprüfung herausgestellt und ihm sein Fahrer etwa 14 Tage vor der Rückgabe des Lastzuges an den Beklagten mitgeteilt habe, sei das Eigengewicht des Motorwagens um etwa 1,5 t und das des Anhängers um mindestens 3 t höher gewesen, als auf den Zulassungsscheinen angegeben. Die Nutzlast, mit der die Fahrzeuge hätten beladen werden können, sei daher entsprechend geringer gewesen, so dass die Tragfähigkeit des Lastzuges nicht 15,6 t, sondern nur 11,1 t betragen habe. Der Beklagte habe aber die Tragfähigkeit von 15,6 t ausdrücklich zugesichert. Darüber hinaus habe er in der Zeitungsanzeige, auf Grund deren es zu den Vertragsverhandlungen gekommen sei, sogar von einem 20-t-Koffierzug gesprochen und später wiederholt erklärt, dass eine Umschreibung auf 20 t möglich sei; darin liege die Zusicherung, dass der Lastzug sogar 20 t zu tragen vermöge. Da der Beklagte den Lastzug früher selbst gefahren habe, müsse er gewusst haben, dass die zugesicherte Tragfähigkeit tatsächlich nicht vorhanden gewesen sei. Obwohl er nach dem Unfall vom



23. März 1950 Veränderungen an dem Lastzug habe vornehmen lassen, habe es der Beklagte pflichtwidrig unterlassen, diese der Zulassungsstelle zu melden und den Lastzug zur Überprüfung und Feststellung der veränderten Tragfähigkeit vorzuführen. Infolge der geringeren Tragfähigkeit habe er, der Kläger, bei dem Betriebe des Lastzuges nicht im entferntesten soviel verdienen können, wie wenn der Lastzug den Zusicherungen entsprochen hätte. In diesem Falle hätte er monatlich mindestens 500 DM rein verdient.

Im Laufe des Rechtsstreits hat der Kläger seine Vertragserklärungen vorsorglich auch wegen arglistiger Täuschung und Irrtums angefochten.

Der Beklagte hat bestritten, Zusicherungen über die Tragfähigkeit des Lastzuges gegeben und insbesondere zugesichert zu haben, dass die Fahrzeuge die Tragfähigkeit von insgesamt 15,6 t, zu der sie zugelassen gewesen seien, in Wirklichkeit auch gehabt hätten. Tatsächlich sei diese Tragfähigkeit aber auch vorhanden gewesen. Die nach dem Unfall vom März 1950 vorgenommenen Veränderungen seien nicht so wesentlich gewesen, dass die Tragfähigkeit erneut habe festgestellt werden müssen. Nachdem er den Lastzug zurückerhalten habe, sei der Anhänger nach Überprüfung auch wieder zu einer Tragfähigkeit von 7,5 t zugelassen worden. Der Kläger sei auch selbst ständig mit 15 t Fracht und mehr gefahren.

Schon bald nach der Übernahme des Lastzuges, so hat der Beklagte weiter behauptet, habe der Kläger mit

einem höheren als dem in den Zulassungsscheinen angegebenen Eigengewicht gerechnet. Vom Kläger auf das höhere Eigengewicht hingewiesen, habe er ihm angeboten, den Lastzug neu abnehmen und die Zulassung berichtigen zu lassen; er habe ihm sogar freigestellt, vom Vertrage zurückzutreten. Davon habe der Kläger aber nichts wissen wollen; er habe erklärt, dass er zunächst einmal fahren und Geld verdienen wolle. Auch habe er bei der Rückgabe des Lastzuges nichts von Täuschung oder Schadensersatzansprüchen gesagt, sondern die Rückgabe damit begründet, dass er seine Wechsel nicht bezahlen könne.

Hilfsweise hat der Beklagte mit Gegenansprüchen aufgerechnet, die er darauf gegründet hat, dass sich der Lastzug bei der Rückgabe durch den Kläger in völlig verwahrlostem Zustand befunden habe. Den Schaden, der ihm erwachsen ist, hat der Beklagte auf 3935,92 DM beziffert. Auch hat der Beklagte geltend gemacht, daß ihm der Kläger noch die Miete für drei Monate schulde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter. Der Beklagte ist im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat trotz ordnungsmässiger Ladung nicht vertreten gewesen. Der Kläger hat um Erlass des Versäumnisurteils gebeten.

Entscheidungsgründe:

Der Revision war nach der gemäss § 557 ZPO entsprechend anwendbaren Bestimmung des § 331 ZPO in Ver-

bindung mit § 561 ZPO durch Erlass des beantragten Versäumnisurteils stattzugeben.

1. Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon ausgegangen, dass, obwohl die Parteien in ihrem Verträge von einer Vermietung des Lastzuges gesprochen haben, es sich in Wirklichkeit um einen Verkauf des Lastzuges des Beklagten an den Kläger gehandelt hat. Dies lässt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Da sich die Parteien darüber einig geworden sind, dass der Lastzug, den der Beklagte dem Kläger mit Abschluss des Vertrages übergab, mit pünktlicher Erfüllung der übernommenen Zahlungsverpflichtungen in das Eigentum des Klägers übergehen sollte, liegt in der Tat der Abschluss eines Kaufes mit der Vereinbarung aufschiebend bedingten Eigentumsübergangs vor. Auch die Parteien selbst haben sich zu dieser Auffassung bekannt.

2. Folgerichtig hat das Berufungsgericht untersucht, ob sich die Ansprüche des Klägers aus dem Gesichtspunkt der Gewährleistungspflicht des Verkäufers rechtfertigen. Es ist zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Zusicherung hinsichtlich der wirklichen Tragfähigkeit des Lastzuges nicht als gegeben angesehen werden könne; bei dem vertraglichen Ausschluss von Mängelrügen vermöge der Kläger auch keine Rechte daraus herzuleiten, dass der Lastzug tatsächlich nur eine geringere als die im Verträge genannte und in den Fahrzeugbriefen amtlich bescheinigte Tragfähigkeit von zusammen 15,6 t gehabt habe; unbewiesen sei endlich, dass der Beklagte die geringere Tragfähigkeit gekannt und dem Kläger arglistig verschwiegen habe, wie auch

kein Anhalt dafür vorliege, dass er sich eines Betrugs gegenüber dem Kläger schuldig gemacht habe. Unter Verneinung einer rechtswirksamen Anfechtung der Vertragserklärungen des Klägers ist das Berufungsgericht hiernach zu dem Schluss gekommen, dass der Kläger weder berechtigt gewesen sei, vom Vertrage zurückzutreten, noch Schadensersatz vom Beklagten zu verlangen.

Diese Beurteilung erschöpft jedoch nicht die rechtlichen Möglichkeiten, die sich bei dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt als Grundlage wenigstens für einen Teil des Klageanspruchs darbieten. Der Vertrag der Parteien stellt sich als ein verdecktes Abzahlungsgeschäft dar (§ 6 AbzG). Falls nicht der Kläger als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist, wofür sich aus dem Akteninhalt nichts ergibt, gilt es daher nach § 5 AbzG als Ausübung des Rücktrittsrechts, dass der Beklagte, als ihm der Kläger den Lastzug am 16. Oktober 1950 zurückbrachte, der Rückgabe nicht widersprochen und den Lastzug wieder an sich genommen hat (Klauss, Abzahlungsgeschäfte, 1950, Bem 385; Aubele, Abzahlungsgesetz, 2. Aufl 1951, § 5 Anm 24). Der Beklagte ist daher nach § 1 AbzG verpflichtet, dem Kläger die empfangenen 4000 DM zurückzugewähren. Freilich hat auf der anderen Seite der Kläger dem Beklagten nach § 2 AbzG die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen zu ersetzen, den Wert der zwischenzeitlichen Benutzung des Lastzuges unter Berücksichtigung der durch den Gebrauch eingetretenen Wertminderung (BGHZ 5, 373) zu vergüten und auch für solche Beschädigungen Ersatz zu leisten, die durch sein Verschulden oder einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht sind. In welcher Höhe derartige Ansprüche berechtigt sind, ist indessen ungeklärt und

es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass sie dem Rückzahlungsanspruch des Klägers gleichkommen und für den Kläger daher nichts verbleibt. Für die Höhe der Gebrauchsvergütung ist die als Mietzinsvereinbarung getroffene Vertragsabrede nicht maßgebend; es kommt vielmehr auf die Ermittlung des wirklichen Wertes der Benutzung des in seiner Tragfähigkeit beschränkten Lastzuges an. Zur Entscheidung über den Rückgewähranspruch des Klägers bedarf es hiernach weiterer tatrichterlicher Erörterung und Aufklärung.

3. Aber auch darum kann das Berufungsurteil - und zwar seinem ganzen Umfang nach - nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht beanstandet, das Vorbringen des Klägers in seinem Schriftsatz vom 10. März 1953 teilweise unbeachtet gelassen hat. In der mündlichen Verhandlung vom 3. März 1953 hatte das Berufungsgericht unter Anberaumung eines Termins zur Verkündung einer Entscheidung auf den 24. März 1953 dem Kläger gestattet, sich binnen einer Woche auf den Schriftsatz des Beklagten vom 25. Februar 1953 zu erklären. Dies war mit dem Schriftsatz vom 10. März 1953 geschehen. Der Schriftsatz ist dem Beklagten vor dem Verkündungstermin zugegangen, wie sich daraus ergibt, dass er seinerseits auf ihn mit Schriftsatz vom 13. März 1953 und, nachdem am 24. März 1953 die Verkündung ausgesetzt worden war, auch mit Schriftsatz vom 27. März 1953 noch erwidert hat. Obwohl das Berufungsgericht im Tatbestand des Urteils hervorgehoben hat, dass sich der Kläger mit Genehmigung des Gerichts noch mit dem Schriftsatz vom 10. März 1953 auf das Vorbringen im Schriftsatz des Beklagten vom 25. Februar 1953 erklärt habe und dass der Inhalt seines Schriftsatzes insoweit bei der Entscheidung des Rechts-

streits mitberücksichtigt worden sei, hat es in den Entscheidungsgründen es abgelehnt, auf einen Teil dessen einzugehen, was in dem Schriftsatz enthalten war. Dies gilt namentlich von der Behauptung des Klägers, dass der Beklagte, der in seinem Schriftsatz vom 25. Februar 1953 dabei beharrt hatte, trotz der vom Kläger angeführten Umstände von der Differenz des Leergewichts der Fahrzeuge nichts gewusst zu haben, in dem Rechtsstreit des B., eines Vorbesitzers des Klägers, gegen den Beklagten zugegeben habe, das Nutzlastgewicht des Lastzuges habe tatsächlich nur 10,8 t und nicht 15,6 t betragen. Gegenüber der Behauptung des Beklagten, dass er an dem Lastzug nach dem Unfall vom 23. März 1950 keine erheblichen Veränderungen vorgenommen habe, hatte sich der Kläger ferner in dem nachgebrachten Schriftsatz auf eine eigene Erklärung des Beklagten zu gerichtlichem Protokoll in dem Rechtsstreit B. gegen R. berufen, dass er bei dem Anhänger nach dem Unfall den Unterbau erheblich habe verstärken und Unterzüge habe einziehen lassen; die Verstärkung sei bei ihm auf dem Hof durchgeführt worden; der Umbau sei vor der Vermietung des Lastzuges an R. erfolgt. Das Berufungsgericht hat die Nichtberücksichtigung dieses Vorbringens damit begründet, dass der Kläger auf das Vorbringen des Beklagten nur noch habe antworten dürfen. Indessen kann nach dem sachlichen Zusammenhang mit dem Vorbringen im Schriftsatz des Beklagten an dem Charakter einer Antwort kein Zweifel bestehen. Zwar mag es fraglich erscheinen, ob in einem gemäß § 272 a ZPO nachgebrachten Schriftsatz enthaltene völlig neue Behauptungen berücksichtigt werden müssen, die in keinem näheren Bezug zu dem Vorbringen in dem gegnerischen Schriftsatz stehen, auf den zu antworten der Partei nachgelassen worden ist. Der verneinenden Ansicht des IV. Zi-

vilsenats (Urteil vom 20. Oktober 1952 IV ZR 99/52 - L-M (7) § 242 (A) BGB -) steht die Auffassung des I. Zivilsenats (Urteil vom 9. November 1951 I ZR 107/50 - NJW 1952, 222 = L-M (4) § 1 UWG) gegenüber, dass der Inhalt des gemäß § 272 a ZPO nachgebrachten Schriftsatzes voll zu berücksichtigen sei, ohne dass es darauf ankomme, ob er sich im Rahmen einer einfachen Gegenerklärung halte oder darüber hinausgehe (so auch Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl § 272 a Bem III 1; Baumbach ZPO 22. Aufl § 272 a Bem 3 B). Die Frage braucht hier nicht entschieden zu werden; denn auch nach der ersten Auffassung kann im vorliegenden Falle von einem völlig neuen Vorbringen keine Rede sein, dies umsoweniger, als der Kläger bereits in seinem Schriftsatz vom 28. Dezember 1951 unter Berufung auf das Zeugnis des B. vorgebracht hatte, der Beklagte habe mit diesem dieselben Differenzen gehabt wie mit ihm und darum die mindere Tragfähigkeit des Lastzuges gekannt; auch hatte er bereits in dem Schriftsatz vom 5. Februar 1952 behauptet, dass der Beklagte nach dem Unfall Veränderungen an dem Lastzug vorgenommen habe, die ihn zu einer Meldung an die Zulassungsstelle und zu einer Vorführung des Lastzuges zwecks technischer Überprüfung hätten veranlassen müssen.

Es ist nicht auszuschliessen, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des unbeachtet gelassenen Vorbringens des Klägers zu einer anderen Beurteilung der Ansprüche des Klägers gelangt wäre. Die erwidernde Stellungnahme des Beklagten zu dem Vorbringen in dem nachgebrachten Schriftsatz des Klägers ist wie das Vorbringen des Klägers selbst bei der Entscheidung des Berufungsgerichts unberücksichtigt geblieben und muss in diesem Zusammenhang daher auch im Revisionsverfahren ausser Betracht bleiben. Dem Berufungsgericht, an das die Sache

wegen des aufgezeigten Rechtsverstosses zurückverwiesen werden muss, fällt es zu, sich unter Einbeziehung des weiteren Parteivorbringens einer erneuten Würdigung des Rechtsstreits zu unterziehen.

4. Dem Kläger bleibt es unbenommen, in dem weiteren Verfahren vor dem Berufungsgericht auch die Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen, mit denen die Revision unter Erhebung verfahrensrechtlicher Rügen der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts entgegengetreten ist.

5. In sachlich-rechtlicher Hinsicht vertritt die Revision die Ansicht, der Anspruch des Klägers auf Rückgewähr der gezahlten Beträge lasse sich auch daraus ableiten, dass die Parteien, da sie sich übereinstimmend auf die Richtigkeit der amtlichen Eintragung in den Fahrzeugbriefen verlassen hätten, in einem beiderseitigen Irrtum über die wirkliche Tragfähigkeit des Lastzuges befangen gewesen seien und es an der Geschäftsgrundlage für den Vertrag gefehlt habe. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die Bestimmungen der §§ 459 ff BGB über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers stellen eine Sonderregelung dar, die es nicht zulässt, dass der Käufer, nachdem ihm die Kaufsache übergeben worden ist, aus Fehlern der Kaufsache andere Rechte als Gewährleistungsansprüche geltend macht (BGB RGRK 10. Aufl § 459 Anm 7 B). Ebenso wie die Irrtumsanfechtung ist auch die Berufung darauf ausgeschlossen, dass die Parteien beim Kaufabschluss von dem wirklichen Vorhandensein der amtlich bescheinigten Tragfähigkeit des Lastzuges als Geschäftsgrundlage ausgegangen seien. Auch für eine Haftung des Beklagten wegen Verschuldens beim Vertragsabschluss bei seinen Angaben über die Tragfähigkeit des

Lastzuges, wie sie die Revision für gegeben hält, wenn-
gleich sie - offenbar irrigerweise - von positiver Ver-
tragsverletzung spricht, bleibt kein Raum (RGZ 135, 340
[346]; 161, 193 [195], 330 [337] mit weiteren Nachweisen).

Hingegen erscheint für die weitere Behandlung der
Sache folgender Hinweis angebracht:

Da der Kläger ausser der Rückzahlung der geleiste-
ten 4000 DM Ersatz von Gewinnausfall verlangt, kommt es
in erster Linie darauf an, ob sich sein Begehren unter
dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfül-
lung (§ 463 BGB), wenn nicht gar unerlaubter Handlung
(§ 823 Abs 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB, § 826 BGB)
rechtfertigt. In diesem Zusammenhang bleibt gegebenenfalls
zu prüfen, ob nicht der Kläger trotz Fehlens der etwa zu-
gesicherten Tragfähigkeit oder arglistigen Verschweigens
des Mangels durch Ablehnung eines ihm freigestellten
Rücktritts vom Vertrage den Lastzug gebilligt hat. Sind
die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch zu
bejahen, so braucht es diesem nicht entgegenzustehen,
dass der Kläger den Lastzug zurückgegeben und der Beklag-
te ihn zurückgenommen hat; dieser Vorgang muss nicht als
Vollzug einer Wandlung, sondern kann auch als teilweise
Verwirklichung eines Schadensersatzanspruchs angesehen
werden (vgl. RGZ 90, 332 [334]). Sind Zusicherung oder
arglistiges Verschweigen erneut zu verneinen oder Ge-
währleistungsansprüche wegen Billigung des Lastzuges
ausgeschlossen, so ist der Rückgewähranspruch des
Klägers nach dem Abzahlungsgesetz in Betracht zu
ziehen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
verfahrens bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Ein Ausspruch nach § 708 Ziff 3 ZPO kommt nicht in Betracht, da die Entscheidung ihrem Inhalte nach keiner Vollstreckung fähig ist.

Dr. Kleinewefers	Dr. Gelhaar	Dr. K.E. Meyer
Hansebeck		Dr. Bode