BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 209/05

Verkündet am:
7. Juni 2006
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB §§ 123 Abs. 1, 166 Abs. 1;
BGB §§ 439 Abs. 1, 275 Abs. 1

a) Zur Frage der arglistigen Täuschung bei einem Gebrauchtwagenkauf durch Zusicherung der Unfallfreiheit des Fahrzeugs "ins Blaue hinein".

b) Die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache ist auch beim Stückkauf nicht von vorneherein wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen. Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Beim Kauf eines Gebrauchtwagens liegt es in der Regel nahe, dies zu verneinen, wenn dem Kaufentschluss eine persönliche Besichtigung des Fahrzeugs vorangegangen ist.

BGH, Urteil vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05 - OLG Schleswig
LG Lübeck

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert, die Richter Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Frellesen sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 18. August 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger kaufte von der Beklagten, einer Automobilherstellerin, einen von ihrer Niederlassung in L. im Internet angebotenen Gebrauchtwagen M. zum Preis von 29.000 €. Der Kaufvertrag wurde am 14. März 2002 in der L. Niederlassung der Beklagten geschlossen, nachdem der Kläger das Fahrzeug dort besichtigt hatte. Das dem Vertrag zugrunde liegende Bestellformular enthielt die Eintragung: "Zahl, Art und Umfang von Unfallschäden lt. Vorbesitzer: KEINE". Die Niederlassung in L. hatte das Fahrzeug von einer Tochtergesellschaft der Beklagten, der D. GmbH, erworben, die es zuvor durch ein DEKRA-Gutachten hat-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

te bewerten lassen. Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 21. März 2002 übergeben. Nachdem der Kläger bei einem Werkstattbesuch erfahren hatte, dass das Fahrzeug einen erheblichen und nicht fachgerecht reparierten Unfallschaden erlitten habe, beanstandete er dies gegenüber der Beklagten. Ein daraufhin von der Beklagten am 29. Januar 2003 in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten bestätigte den Verdacht. Es stellte sich heraus, dass die betreffende Reparatur im September 1998 in der Niederlassung der Beklagten in M. durchgeführt worden war. Mit Schreiben vom 24. April 2003 erklärte der Kläger die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung.

2 Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 29.000 € nebst Zinsen an die D. GmbH zu zahlen, die den Kaufpreis finanziert hatte. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

4 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in NJW-RR 2005, 1579 veröffentlicht ist, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

5 Dem Kläger stehe der geltend gemachte Zahlungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zu. Den Kaufpreis habe der Kläger ohne rechtlichen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Grund geleistet, weil er seine Kaufvertragserklärung gemäß § 123 Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten habe. Er habe bewiesen, dass der für die Beklagte tätige Verkäufer B. die Unfallfreiheit des Fahrzeugs ohne Einschränkung versichert habe. Die Angabe im Bestellformular, dass das Fahrzeug "laut Vorbesitzer" keine Unfallschäden aufwies, sei nicht als (Teil-)Widerruf der weitergehenden mündlichen Auskunft des Verkäufers zu verstehen gewesen. Auch wenn der Verkäufer B. selbst die Unfallfreiheit nicht arglistig - "ins Blaue hinein" - behauptet haben möge, liege von Seiten der Beklagten eine arglistige Täuschung des Klägers vor, weil sich die Beklagte nach § 166 Abs. 1 BGB das nicht mitgeteilte Wissen anderer Personen aus ihrem Bereich zurechnen lassen müsse. Die Voraussetzungen für eine Wissenszurechnung seien erfüllt. Die Speicherung der umfänglichen, in einer Niederlassung der Beklagten in M. durchgeführten Unfallreparatur wäre geboten gewesen, weil die Reparatur durch einen Leasingnehmer der Tochtergesellschaft der Beklagten in Auftrag gegeben worden sei, ein Verkauf der bei den Tochtergesellschaften der Beklagten angefallenen Gebrauchtfahrzeuge über eine der Niederlassungen der Beklagten wahrscheinlich sei und die Niederlassungen im Falle von aus dem Bereich der Beklagten stammenden Fahrzeugen üblicherweise auf eigene Untersuchungen verzichteten. Wenn die bei der Niederlassung der Beklagten in M. erlangte Information über den Unfallschaden - wie hier - nicht an die mit dem Verkauf befasste Niederlassung in L. weitergeleitet worden sei, liege ein Organisationsfehler in der unternehmensinternen Kommunikation vor, der die Zurechnung der in der Niederlassung M. erworbenen Kenntnis rechtfertige, als wäre sie bei dem Verkäufer in der Niederlassung in L. angekommen.

6 Wenn die Anfechtung des Kaufvertrages dagegen wegen fehlenden Anfechtungsgrundes als unwirksam anzusehen sein sollte, bestehe jedenfalls ein Zahlungsanspruch des Klägers nach §§ 346 Abs. 1, 434, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5

BGB. Die Anfechtungserklärung des Klägers sei im Falle ihrer Unwirksamkeit gemäß § 140 BGB in eine Rücktrittserklärung umzudeuten. Die fehlende Unfallfreiheit sei ein Sachmangel. Eine Fristsetzung des Klägers zur Nacherfüllung sei nach § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich gewesen, weil die Nacherfüllung unmöglich sei. Durch Nachbesserung lasse sich der Charakter des Fahrzeugs als Unfallwagen nicht verändern. Die Lieferung eines anderen funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen Gebrauchtwagens scheide zwar nach dem neuen Kaufrecht nicht schon deshalb aus, weil ein Stückkauf vorliege. Jedoch müsse das Fahrzeug nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Beteiligten austauschbar sein. Davon sei nicht auszugehen, wenn die Kaufwahl, wie hier, nicht nur aufgrund objektiver Anforderungen, sondern auch aufgrund des persönlichen Eindrucks des Käufers getroffen worden sei. Der Kläger habe den Rücktritt nach § 218 BGB rechtzeitig erklärt. Zwar sei die Verjährungsfrist für den Gewährleistungsanspruch nach Ziff. VII 1 a der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten auf ein Jahr verkürzt; jedoch hätten die bereits vor Eintritt der Verjährung begonnenen Verhandlungen den Lauf der Verjährungsfrist gehemmt. Zu Gunsten der Beklagten könne nicht berücksichtigt werden, dass die Beklagte Gegenansprüche auf Rückgewähr des Fahrzeugs und Nutzungsentschädigung habe; denn die Beklagte habe die ihr insoweit zustehende Einrede aus § 348 BGB nicht erhoben.

II.

7 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen arglistiger Täuschung bei Abschluss des Kaufvertrages hat das Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis zu Recht bejaht. Unabhängig davon ist die vorsorgliche Hilfsbegründung, mit der das Berufungsgericht dem Kläger einen

Rückzahlungsanspruch nach §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB zugebilligt hat, nicht zu beanstanden. Hinsichtlich beider Anspruchsgrundlagen wäre jedoch - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - eine Zug-um-Zug-Verurteilung wegen des Anspruchs der Beklagten auf Rückgabe des Fahrzeugs und Herausgabe der Nutzungen auszusprechen gewesen.

8 1. Der Kläger hat den Kaufpreis ohne rechtlichen Grund geleistet (§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB). Der Kaufvertrag vom 14. März 2002 ist gemäß § 142 Abs. 1 BGB unwirksam. Die vom Kläger mit Schreiben vom 24. April 2003 erklärte Anfechtung des Vertrages greift durch, weil der Verkäufer B. den Kläger arglistig darüber getäuscht hat, dass das Fahrzeug nicht unfallfrei war (§ 123 Abs. 1 BGB); diese Täuschung ist der Beklagten gemäß § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen.

9 a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Angabe des Verkäufers B. über die Unfallfreiheit des Fahrzeugs objektiv wahrheitswidrig war. Die dagegen erhobenen Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet.

10 aa) Ohne Erfolg rügt die Revision, die Aussagen der hierzu in erster Instanz vernommenen Zeugen P. und O. unterlägen einem Beweisverwertungsverbot, weil die Zeugen das Telefongespräch des Klägers mit dem Verkäufer B. ohne dessen Wissen mitgehört hätten (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02, NJW 2003, 1727, unter II m.w.Nachw.; BVerfGE 106, 28, 47 ff.). Die Beklagte kann sich auf den von der Revision geltend gemachten Verfahrensfehler nicht mehr berufen, weil sie den Mangel bei der nächsten mündlichen Verhandlung nicht gerügt hat, obwohl er ihr bekannt sein musste (§ 295 Abs. 1 ZPO). Denn die Beklagte hat in Kenntnis des Umstandes, dass der Zeuge B. in seiner Vernehmung ausgeschlossen hatte,

von einem Mithören des Telefonats durch Dritte gewusst zu haben, in der auf die Beweisaufnahme folgenden mündlichen Verhandlung rügelos verhandelt.

11 bb) Zu Unrecht beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft verkannt (§ 286 ZPO), dass der Zeuge B. lediglich erklärt habe, der Wagen sei nach den Angaben der Vorbesitzer unfallfrei. Das Berufungsgericht ist in seiner Beweiswürdigung, die es im Wesentlichen auf die Aussagen der Zeugen P. und O. gestützt hat, davon ausgegangen, der Zeuge B. habe eingeräumt, es könne sein, dass der Kläger ihn nach der Unfallfreiheit gefragt habe, und er werde die Frage dann auch bejaht haben, weil das Fahrzeug für ihn nach der Aktenlage unfallfrei gewesen sei. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Ausweislich des von der Revision in Bezug genommenen Sitzungsprotokolls hat der Zeuge B. bekundet, der Wagen sei für ihn unfallfrei gewesen; wenn der Kläger ihn hierzu gefragt habe, werde er dies definitiv so weitergegeben haben.

12 cc) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, der Kläger habe die Angabe im Bestellformular "Zahl, Art und Umfang von Unfallschäden lt. Vorbesitzer: KEINE" nicht als (Teil-)Widerruf der zuvor erhaltenen Auskunft über die Unfallfreiheit auffassen müssen, weil Standardformeln solcher Art nicht besagten, dass weitergehende Erklärungen im Vorfeld des Vertrags unrichtig seien. Die Auslegung dieser Erklärung durch das Berufungsgericht, die vom Revisionsgericht lediglich darauf überprüft werden kann, ob der Tatrichter sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senatsurteil vom 22. Juli 1998 - VIII ZR 220/97, NJW 1998, 3197 = WM 1998, 2436, unter II 2 a), ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Revision demgegenüber meint, die Auskunft des Zeugen B. sei durch die Ein-

tragung im Bestellformular eingeschränkt worden, setzt sie lediglich ihr eigenes Verständnis gegen die - rechtsfehlerfreie - tatrichterliche Auslegung.

13 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dem Verkäufer B. selbst arglistiges Handeln vorzuwerfen. Arglistig handelt, wer unrichtige Erklärungen in Kenntnis ihrer Unrichtigkeit abgibt; bedingter Vorsatz reicht hierfür aus (vgl. Senatsurteil vom 25. März 1998 - VIII ZR 185/96, NJW 1998, 2360 unter II 1 b m.w.Nachw.). Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats handelt ein Verkäufer bereits dann arglistig, wenn er zu Fragen, deren Beantwortung erkennbar maßgebliche Bedeutung für den Kaufentschluss seines Kontrahenten hat, ohne tatsächliche Grundlagen ins Blaue hinein unrichtige Angaben macht (BGHZ 63, 382, 388 m.w.Nachw.). Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Verkäufer B. die Unfallfreiheit "ohne hinreichende Erkenntnisgrundlage" (Senatsurteil vom 25. März 1998, aaO), somit "ins Blaue hinein" zugesichert, ohne dass es hierfür auf die vom Berufungsgericht erörterte Frage ankommt, ob der Beklagten oder dem Verkäufer B. das Wissen zuzurechnen ist, das die Mitarbeiter der M. Niederlassung der Beklagten über den Unfallschaden des Fahrzeugs vor mehr als drei Jahren erlangt hatten.

14 Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Verkäufer B. eine Untersuchung des Fahrzeugs deshalb nicht veranlasst hat, weil das Fahrzeug "von der Bank", das heißt aus dem eigenen Bereich der Beklagten oder ihrer Tochtergesellschaft, gekommen sei. Dieser Umstand bildete keine hinreichende Erkenntnisgrundlage für die dem Kläger gegenüber abgegebene - uneingeschränkte - Erklärung, dass das Fahrzeug unfallfrei sei. Zur Verfügung stand dem Verkäufer B. nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts lediglich eine Auflistung von Schäden, die ihm als Verkäufer zeigen sollte, wie viel er vor dem Verkauf noch investieren müsse. Eine solche

Aufstellung sagte über die Unfallfreiheit des Fahrzeugs nichts aus. Auch hat der Verkäufer B. , wie das Berufungsgericht weiter festgestellt hat, seine Erklärung nicht im Vertrauen auf das DEKRA-Gutachten abgegeben; dieses hatte ihm nicht vollständig vorgelegen und enthielt im Übrigen auch keine Aussagen über die Unfallfreiheit des Fahrzeugs.

15 Zwar trifft den Verkäufer eines Gebrauchtwagens, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ohne Vorliegen besonderer Anhaltspunkte für einen Unfallschaden nicht die Obliegenheit, das zum Verkauf angebotene Fahrzeug auf Unfallschäden zu untersuchen (vgl. BGHZ 63, 382, 386 ff.; Senatsurteil vom 21. Januar 1981 - VIII ZR 10/80, NJW 1981, 928 unter II 2 b aa). Jedoch muss der Verkäufer, der von einer eigenen Untersuchung des Fahrzeugs absieht und gleichwohl dessen Unfallfreiheit zusichert, die Begrenztheit seines Kenntnisstandes deutlich machen, wenn er - wie dies nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier der Fall war - die Unfallfreiheit in einer Weise behauptet, die dem Käufer den Eindruck vermitteln kann, dies geschehe auf der Grundlage verlässlicher Kenntnis. Einen solchen - einschränkenden - Hinweis hat der Verkäufer B. versäumt. Er hat die Unfallfreiheit des Fahrzeugs dem Kläger gegenüber zugesichert, ohne deutlich zu machen, dass er über die Unfallfreiheit keine eigenen Erkenntnisse hatte und auch die ihm vorliegenden Akten darüber nichts aussagten.

16 2. Nicht zu beanstanden sind die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht im Rahmen seiner Hilfsbegründung einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB bejaht hat. Das Berufungsgericht hat die Anfechtungserklärung des Klägers hilfsweise - für den Fall ihrer Unwirksamkeit - in die Erklärung eines Rücktritts vom Kaufvertrag umgedeutet (§ 140 BGB). Dies ist aus Rechtsgründen

nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen. Der Rücktritt des Klägers ist, wenn die Anfechtung nicht durchgreifen würde, entgegen der Auffassung der Revision wirksam. Durch den Rücktritt wurde der Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis nach §§ 346 ff. BGB umgewandelt. Der Kläger war zum Rücktritt berechtigt und hat diesen rechtzeitig erklärt.

17 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Kläger ein Rücktrittsrecht zustand. Gemäß § 437 Nr. 2, 1. Alt. BGB kann der Käufer einer mangelhaften Sache nach § 326 Abs. 5 BGB von dem Vertrag zurücktreten. Das vom Kläger gekaufte Fahrzeug war mangelhaft, weil es entgegen der vereinbarten Beschaffenheit nicht unfallfrei war (§ 434 Abs. 1 BGB). Der Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB setzt weiter voraus, dass der Verkäufer nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht. Auch diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Bei einem Sachmangel hat der Käufer zwar einen vorrangigen Anspruch auf Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache (Ersatzlieferung) nach §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB. Ein solcher Nacherfüllungsanspruch des Klägers ist jedoch gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil der Beklagten, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind. Eine Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels (§ 439 Abs. 1, 1. Alt. BGB) kommt nicht in Betracht, weil sich der Charakter des Fahrzeugs als Unfallwagen nicht durch Nachbesserung korrigieren lässt (vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 209; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 1425). Auch die andere Art der Nacherfüllung, die Ersatzlieferung (§ 439 Abs. 1, 2. Alt. BGB), ist nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts bei dem hier vorliegenden Gebrauchtwagenkauf unmöglich.

18 aa) Das Berufungsgericht ist allerdings mit Recht davon ausgegangen, dass die Lieferung eines anderen - funktionell und vertragsmäßig gleichwerti-

gen - Gebrauchtwagens nicht schon deshalb ausscheidet, weil es sich um einen Stückkauf handelt. Demgegenüber soll nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung eine Ersatzlieferung beim Stückkauf in jedem Fall unmöglich sein (Ackermann, JZ 2002, 378; Faust, ZGS 2004, 252 m.w.Nachw.; P. Huber, NJW 2002, 1004, 1006; U. Huber, Festschrift für Schlechtriem, 2003, S. 521, 523 Fn. 9; Tiedtke/Schmitt, JuS 2005, 583, 586; Lorenz, JZ 2001, 742, 744, anders jedoch nunmehr ders. in MünchKommBGB, 4. Aufl., Vor § 474 Rdnr. 17). Zur Begründung wird ausgeführt, dass sich die Leistungspflicht des Verkäufers beim Stückkauf nur auf die verkaufte Sache beziehe und somit jede andere Sache von vorneherein untauglich sei, den vertraglich geschuldeten Zustand herbeizuführen (vgl. U. Huber, aaO, m.w.Nachw.; Ackermann, aaO, 379).

19 Dieser Auffassung, die in der Rechtsprechung und überwiegend auch im Schrifttum abgelehnt wird (OLG Braunschweig, NJW 2003, 1053, 1054; LG Ellwangen, NJW 2003, 517; Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2119 f.; Canaris, JZ 2003, 831, 1156; MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 439 Rdnr. 11 f.; Palandt/Putzo, BGB, 65. Aufl., § 439 Rdnr. 15; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rdnr. 28 ff.; Ball, NZV 2004, 217, 220), ist das Berufungsgericht zu Recht nicht gefolgt. Eine einschränkende Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB dahin, dass der Käufer einer Stücksache eine Ersatzlieferung in keinem Fall verlangen kann, findet im Wortlaut des § 439 Abs. 1 BGB keine Stütze und ist mit dem aus den Gesetzesmaterialien hervorgehenden Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar; sie würde dazu führen, dass der Vorrang des Anspruchs auf Nacherfüllung, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt (vgl. hierzu Entwurfsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 94 f., 220 f., 230; BGHZ 162, 219, 226 ff.), beim Stückkauf von vornherein entfiele. Das widerspräche dem Willen des Gesetzgebers.

20 (1) Gemäß § 439 Abs. 1 BGB, der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden ist, kann der Käufer als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Der Wortlaut der Bestimmung, wonach es weder hinsichtlich der Nachbesserung noch der Ersatzlieferung darauf ankommt, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt, enthält keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass ein Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung nur bei einem Gattungskauf, nicht dagegen bei einem Stückkauf gegeben sei. Die nach früherem Recht bestehende Unterscheidung zwischen Stück- und Gattungskauf, wonach der Käufer nur im letzteren Falle die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen konnte (§ 480 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.), ist im neuen Recht aufgegeben worden (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 230).

21 (2) Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Schaffung des - in §§ 459 ff. BGB a.F. nicht geregelten - Nacherfüllungsanspruchs des Käufers unabhängig davon, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt, sowohl den Interessen des Käufers als auch denen des Verkäufers entspricht, und hat die Möglichkeit der Nacherfüllung durch die Lieferung einer mangelfreien anderen Sache bewusst auch für den Fall eines Stückkaufs vorgesehen. In der Entwurfsbegründung wird hierzu ausgeführt, der Käufer habe nicht in erster Linie ein Interesse an der Rückgängigmachung des Kaufs oder an der Herabsetzung des Kaufpreises; ihm gehe es vor allem darum, eine mangelfreie Sache zu erhalten. Dieses Interesse könne "in den meisten Fällen - auch beim Stückkauf - durch Nachbesserung oder Lieferung einer anderen gleichartigen Sache befriedigt werden" (BT-Drucks. 14/6040, S. 89, 220, 230). Daraus ist zu ersehen, dass der Gesetzgeber die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache beim Stückkauf nicht als grundsätzlich ausgeschlossen angesehen hat.

22 bb) Auch wenn danach, wie dargelegt, eine Ersatzlieferung beim Stückkauf nicht von vorneherein ausscheidet, so ist sie doch, wie schon in der Entwurfsbegründung betont worden ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 209), nicht in jedem Fall möglich; dies gilt insbesondere für den Kauf gebrauchter Sachen. In den Gesetzesmaterialien wird darauf hingewiesen, dass beim Kauf einer bestimmten gebrauchten Sache eine Nachlieferung "zumeist von vornherein ausscheiden" werde (BT-Drucks. 14/6040, S. 232). Die mit dieser Erwägung in Einklang stehende Annahme des Berufungsgerichts, dass auch im hier vorliegenden Fall eines Gebrauchtwagenkaufs die Ersatzlieferung eines anderen Fahrzeugs unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB war, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

23 Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB; vgl. Palandt/Putzo, aaO, § 439 Rdnr. 15). Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Das Berufungsgericht ist bei seiner Auslegung des Kaufvertrages zu dem Ergebnis gelangt, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Kaufsache nach dem Willen der Beteiligten austauschbar war, und hat dies damit begründet, dass der Kläger seine Kaufentscheidung nicht nur aufgrund objektiver Anforderungen, sondern auch aufgrund des bei der Besichtigung gewonnenen persönlichen Eindrucks von dem Fahrzeug getroffen habe. Diese tatrichterliche Würdigung, die vom Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbar ist, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Revision meint, der Beklagten sei die Lieferung eines gleichwertigen Gebrauchtfahrzeugs nicht unmöglich, weil der Kläger nicht auf ein bestimmtes individuelles Fahrzeug Wert gelegt habe, sondern es ihm nur um einen bestimmten Typ mit einer bestimmten Ausstattung gegangen sei, kann sie damit keinen Erfolg ha-

ben. Der tatrichterlichen Auslegung des Kaufentschlusses durch das Berufungsgericht setzt die Revision nur ihre eigene Auffassung von der Austauschbarkeit des Fahrzeugs entgegen, ohne Auslegungsfehler aufzuzeigen.

24 Die Auslegung des Berufungsgerichts beruht auf der Überlegung, dass beim Kauf eines Gebrauchtwagens, auch wenn es dem Käufer - wie von der Revision unter Bezugnahme auf entsprechendes Vorbringen in der Klageschrift dargetan - auf einen bestimmten Typ und eine bestimmte Ausstattung des Fahrzeugs ankommt, in der Regel erst der bei einer persönlichen Besichtigung gewonnene Gesamteindruck von den technischen Eigenschaften, der Funktionsfähigkeit und dem äußeren Erscheinungsbild des individuellen Fahrzeugs ausschlaggebend für den Entschluss des Käufers ist, das konkrete Fahrzeug zu kaufen, das in der Gesamtheit seiner Eigenschaften dann nicht gegen ein anderes austauschbar sein soll. Diese Sichtweise des Berufungsgerichts liegt nicht nur beim Gebrauchtwagenkauf nahe, sondern ist beim Kauf gebrauchter Sachen in der Regel sachgerecht. Angesichts der vielfältigen Unterschiede im Abnutzungsgrad gebrauchter Sachen - auch gleichen Typs - ist Zurückhaltung bei der Annahme geboten, dass beim Kauf einer gebrauchten Sache auch die Lieferung einer anderen Sache dem Parteiwillen entspreche. Wenn eine Ersatzlieferung als möglich angesehen wird, hat dies auf Grund des Vorrangs der Nacherfüllung zur Folge, dass sich die Parteien zunächst über die Lieferung einer anderen gebrauchten Sache auseinander zu setzen haben, bevor ein Rücktritt vom Vertrag oder ein anderes Recht aus § 437 Nr. 2 und 3 BGB beansprucht werden kann. Angesichts des naturgemäß unterschiedlichen Erhaltungszustands gebrauchter Sachen und der damit verbundenen Schwierigkeit, eine in jeder Hinsicht gleichwertige Ersatzsache zu beschaffen, wäre häufiger Streit über die Gleichwertigkeit der angebotenen oder zu beschaffenden Ersatzsache absehbar, wenn auch bei gebrauchten Sachen regelmäßig Anspruch auf eine Ersatzlieferung bestünde. Dies liefe den Interessen beider Kaufvertragsparteien

zuwider. Das wollte auch der Gesetzgeber vermeiden, indem er zum Ausdruck brachte, dass beim Kauf einer bestimmten gebrauchten Sache eine Nachlieferung "zumeist von vorneherein ausscheiden" werde (BT-Drucks. 14/6040, S. 232; ebenso zum Gebrauchtwagenkauf: Reinking/Eggert, aaO, Rdnr. 1421 f.; vgl. dazu auch Ball, aaO). Umstände, welche bei einem Gebrauchtwagenkauf, wie er hier vorliegt, die Annahme eines Ausnahmefalles nahe legen könnten, in dem die Lieferung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs als möglich erscheint (dazu Ball, aaO), sind weder vom Berufungsgericht festgestellt noch sonst ersichtlich. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revision insoweit nicht auf.

25 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist der Rücktritt des Klägers nicht nach §§ 438 Abs. 4 Satz 1, 218 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Ziff. VII 1 a der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten wegen eingetretener Verjährung des (hypothetischen) Nacherfüllungsanspruchs des Klägers unwirksam.

26 aa) Die Revision meint, der Rücktritt des Klägers sei unwirksam, weil die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche des Klägers am 13. August 2003, dem Zeitpunkt der Erhebung der auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichteten Klage, bereits abgelaufen gewesen sei. Damit dringt die Revision nicht durch. Gemäß § 438 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Rücktritt wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Dadurch hat der Gesetzgeber sicherstellen wollen, dass der Gläubiger sein Rücktrittsrecht nicht mehr ausüben kann, wenn der Erfüllungs- oder ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch wegen Eintritts der Verjährung nicht mehr durchsetzbar wäre; die Anspruchsverjährung soll auch Auswirkungen auf das Rücktrittsrecht haben, obwohl Gestaltungsrechte als solche der Verjährung nicht unterliegen (BT-Drucks. 14/6040, S. 124).

Dementsprechend kommt es nach § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Rechtzeitigkeit des Rücktritts darauf an, dass der Rücktritt erklärt wird, bevor der Anspruch auf die Leistung oder der etwaige Nacherfüllungsanspruch verjährt ist. Maßgebend ist mithin der Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts, nicht dagegen der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen aus dem durch den Rücktritt entstehenden Rückgewährschuldverhältnis (§§ 346 ff. BGB).

27 bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Kläger den in der Anfechtung zu sehenden Rücktritt (§ 140 BGB) im Schreiben vom 24. April 2003 erklärt hat, bevor ein etwaiger Anspruch des Klägers auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB) verjährt gewesen wäre. Die Mängelansprüche des Klägers unterlagen nach VII 1 a der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, die nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts Vertragsinhalt geworden sind, einer verkürzten Verjährungsfrist von einem Jahr. Die einjährige Verjährung wurde mit der Ablieferung des Fahrzeugs am 21. März 2002 in Gang gesetzt (§ 438 Abs. 2 BGB). Die als Rücktrittserklärung umzudeutende Anfechtung vom 24. April 2003 ist rechtzeitig erfolgt, weil der Eintritt der Verjährung, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, aufgrund der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen über den Sachmangel gemäß § 203 BGB gehemmt worden war. Zwar hat das Berufungsgericht die Zeitpunkte des Beginns und der Beendigung der Verhandlungen nicht ausdrücklich angegeben. Sie ergeben sich jedoch aus den vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen. Danach trat eine Hemmung der Verjährung spätestens am 29. Januar 2003 ein, als die Beklagte einen Sachverständigen mit der Begutachtung des Fahrzeugs beauftragte, um die Reklamation des Klägers zu überprüfen. Die Hemmung der Verjährung endete - wovon auch die Revision ausgeht - frühestens mit der Erklärung der Anfechtung beziehungsweise des Rücktritts im Schreiben des Klägers vom

24. April 2003. Danach wäre zu diesem Zeitpunkt ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch des Klägers noch nicht verjährt gewesen.

28 3. Zu Recht beanstandet die Revision die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises. Das Berufungsgericht hat es versäumt, die Verurteilung dahin einzuschränken, dass die Beklagte Zahlung nur Zug um Zug gegen Erfüllung ihrer Gegenansprüche auf Rückgabe des Fahrzeugs und Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu leisten hat. Eine solche Zug-um-Zug-Verurteilung ist hinsichtlich beider Anspruchsgrundlagen, auf die das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten gestützt hat, geboten.

29 Das Berufungsgericht ist - zutreffend - selbst davon ausgegangen, dass der Kläger, an dessen Bank der Kaufpreis zurückzuzahlen ist, seinerseits das Fahrzeug zurückzugeben und die gezogenen Nutzungen herauszugeben hat. Diese Gegenansprüche der Beklagten ergeben sich hinsichtlich der Anfechtung des Vertrages (oben unter 1) aus §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB und hinsichtlich eines etwaigen Rücktritts vom Vertrag (oben unter 2) aus §§ 346 f. BGB. Auch hat das Berufungsgericht nicht verkannt, dass die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien Zug um Zug zu erfüllen sind, wenn die Beklagte das ihr insoweit zustehende Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht hat (§§ 273 f. BGB beziehungsweise § 348 i. V. m. §§ 320 ff. BGB). Nicht gefolgt werden kann indessen der Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe das ihr zustehende Leistungsverweigerungsrecht nicht ausgeübt. Dies ist zwar nicht ausdrücklich geschehen. Dessen bedarf es aber auch nicht.

30 Eine Zug-um-Zug-Verurteilung setzt keinen formellen Antrag des Beklagten voraus; vielmehr reicht es aus, wenn der Beklagte einen uneingeschränkten Klageabweisungsantrag stellt, sofern der Wille, die eigene Leistung im Hinblick

auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist (Senatsurteil vom 7. Oktober 1998 - VIII ZR 10/97, NJW 1999, 53 unter II 2).

31 Ein solcher Fall liegt hier vor. Zu Recht beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe den Prozessstoff unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht erschöpfend gewürdigt. Schon in der Klageerwiderung hat die Beklagte geltend gemacht, der Kläger könne nicht einerseits das Fahrzeug immer weiter fahren und abnutzen und andererseits dessen Rücknahme verlangen. Darin kam in Verbindung mit dem Klageabweisungsantrag hinreichend zum Ausdruck, dass sich die Beklagte gegen die Klage auch unter dem Gesichtspunkt verteidigte, dass ihrer Auffassung nach ein etwaiger Erfolg der Klage die Rücknahme des zwischenzeitlich abgenutzten Fahrzeugs zur Folge haben müsse. Dies reichte zur Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts aus § 273 BGB beziehungsweise § 320 BGB unter Berücksichtigung des Umstandes aus, dass auch der Kläger selbst von einer Verknüpfung des Erfolgs seiner Klage mit einer Rückgabe des Fahrzeugs ausging; seine Bereitschaft, das Fahrzeug zurück zu geben, wenn die Beklagte den Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung zurückzahlt, hatte er durch seine Zustimmung zu einem entsprechenden Vergleichsvorschlag des Landgerichts zum Ausdruck gebracht. Danach hatte die Beklagte keine Veranlassung zu der Besorgnis, sie werde zur Rückzahlung des Kaufpreises allein deshalb uneingeschränkt verurteilt werden, weil sie ihr Verlangen nach einer beiderseitigen Rückabwicklung des Kaufvertrages, wie das Berufungsgericht gemeint hat, nicht deutlich gemacht habe. Wenn das Berufungsgericht gleichwohl davon ausgehen wollte, dass die Beklagte eine beiderseitige Rückabwicklung der empfangenen Leistungen für den Fall eines Erfolgs der Klage nicht begehre, so hätte es, wie die Revision mit Recht rügt, zumindest der Beklagten gemäß § 139 ZPO einen Hinweis auf seine von den Vorstellungen beider Parteien abweichende Auffassung geben müssen. Die Beklagte hätte dann, wie die Revision ausführt, selbstverständlich klargestellt,

dass sie das ihr zustehende Leistungsverweigerungsrecht habe erheben wollen.

III.

32 Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da das Berufungsgericht Feststellungen zur Höhe des der Beklagten zustehenden Anspruchs auf Nutzungsentschädigung nicht getroffen hat, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif, sondern an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Dr. Deppert Dr. Leimert Wiechers

Dr. Frellesen Hermanns

Vorinstanzen:
LG Lübeck, Entscheidung vom 30.12.2004 - 10 O 304/03 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 18.08.2005 - 5 U 11/05 -