

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 233/88

URTEIL

Verkündet am:
4. Oktober 1989
Kantik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Paul T[REDACTED], Inhaber eines Busunternehmens,
K[REDACTED]straße [REDACTED], W[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma G[REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer
Klaus Ludwig G[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED], H[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 1989 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 17. Mai 1988 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betreibt ein Busunternehmen und ein Reisebüro. Entsprechend der schriftlichen "verbindlichen Bestellung" vom 29. November 1983 kaufte er von der Beklagten, die einen Omnibusreisedienst unterhält, einen gebrauchten Reisebus zum Preise von 144.780 DM. In dem Bestellformular ist

der Stand des Kilometerzählers, den die Beklagte hatte vordrehen lassen, mit 207.150 angegeben. Weiter heißt es darin, die Bestellung erfolge "nach Maßgabe der im umseitigen Abschnitt VII festgelegten Gewährleistungsregelung". Diese Regelung, die Bestandteil der - Vertragsinhalt gewordenen - Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ist, lautet:

"1. Soweit ein Zustandsbericht beigelegt ist, stellen die darin gemachten Angaben eine dem Alter und der Fahrleistung des Kaufgegenstandes entsprechende Beschreibung seines Zustandes dar. ...

Die Angaben im Zustandsbericht sind keine zugesicherten Eigenschaften. Der Verkäufer übernimmt deshalb im Rahmen der Gewährleistung über die nachstehenden Verpflichtungen hinaus keine weitere Haftung.

Weicht der Zustand des Kaufgegenstandes im Zeitpunkt der Übergabe von den Angaben im Zustandsbericht ab, kann der Käufer die Herstellung des angegebenen Zustandes (Nachbesserung) ohne Berechnung der hierzu notwendigen Lohn-, Material- und Frachtkosten verlangen.

Der Nachbesserungsanspruch ist unverzüglich nach Feststellung unrichtiger Angaben im Zustandsbericht beim Verkäufer schriftlich geltend zu machen; dem Verkäufer ist unverzüglich Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben. ...



Wäre die Nachbesserung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten.

Der Käufer kann vom Vertrag zurücktreten, wenn die Nachbesserung sich als unmöglich erweist, verweigert wird oder nicht binnen angemessener Frist erfolgt.

2. Im übrigen wird der Kaufgegenstand unter Ausschluß jeder Gewährleistung verkauft, es sei denn, daß die Vertragspartner etwas anderes vereinbart haben.

Bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften bleibt ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unberührt."

Am 21. Dezember 1983 wurde dem Kläger das Fahrzeug übergeben. Der Kaufpreis ist gezahlt.

Mit Anwaltsschreiben vom 3. Februar 1984 focht der Kläger den Kaufvertrag "wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften" an. Mit der am 19. März 1984 eingereichten Klage, die er zuletzt in erster Linie auf einen Rückabwicklungsanspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und hilfsweise auf die erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung stützte, hat er Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Busses begehrt.

Er hat u.a. - was für die Revisionsinstanz allein noch von Bedeutung ist - behauptet, er sei von der Beklagten arglistig über die Fahrleistung des Busses getäuscht worden.

Diese sei erheblich höher gewesen, als es der im Bestellformular angegebene und ihm auf Befragen wiederholt als richtig zugesicherte Kilometerstand ausgewiesen habe.

Die Beklagte hat demgegenüber vorgebracht, der Kilometerstand von 207.150 habe der tatsächlichen Fahrleistung entsprochen. Sie habe den Kilometerzähler um rund 49.000 km vorgedreht, um einen beim Vorbesitzer des Busses entstandenen Ausfall des Zählers auszugleichen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe kein Recht auf Wandelung des Kaufvertrages wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft zu. Zwar habe der Kläger die Wandelung erklärt; sein Anfechtungsschreiben vom 3. Februar 1984 könne als solche Erklärung gedeutet werden. Auch sei die im Kaufvertrag angegebene Kilometerleistung als Zusicherung einer Eigenschaft anzusehen. Ein Recht zur Wandelung sei aber gemäß Abschnitt VII Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam ausgeschlossen. Denn es werde nach Nr. 1 dieses Abschnittes ein Nachbesserungsrecht gewährt und dem Käufer ein Rücktrittsrecht zugestanden, wenn sich die Nachbesserung als unmöglich erweise, verweigert werde oder nicht binnen angemessener Frist erfolge. Daß die

Beklagte im Sinne von § 476 BGB arglistig eine falsche Kilometerangabe gemacht habe, sei nicht bewiesen, so daß auch die wegen arglistiger Täuschung erklärte Anfechtung des Kaufvertrages nicht gerechtfertigt sei. Der Kläger habe nachweisen müssen, daß die Kilometerangabe falsch und dies der Beklagten bekannt gewesen sei. Diesen Nachweis habe er nicht erbracht. Aus dem unstreitigen Vordrehen des Kilometerzählers ergebe er sich ebensowenig wie aus dem Inhalt der beigezogenen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten, den Beweissicherungsakten und aus dem Umstand, daß der Bus zwischen dem 19. August 1981 und dem 28. Mai 1982 nur rund 14.000 km, zwischen dem 28. Mai 1982 und dem 21. Dezember 1982 aber rund 120.000 km zurückgelegt habe. Hinzu komme, daß gerade das eigene Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz über das Wissen der Beklagten, daß die genaue - auf dem Tacho nicht gezählte - Fahrleistung des Vorbesitzers Spöker 49.316 km betragen, die Zeugin Sp[REDACTED] sie bei ihrer polizeilichen Aussage aber nur mit ca. 45.000 km angegeben habe, "jedenfalls das redliche Bemühen der Beklagten um Richtigkeit der Angabe der Kilometerleistung" beweise. Soweit der Kläger durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt habe, die Laufleistung des Busses habe beim Kauf mit Sicherheit mehr als 250.000 km betragen, könne es auf diesen Beweis nicht ankommen, weil selbst beim Nachweis einer objektiv höheren Fahrleistung immer noch nicht bewiesen sei, daß die Beklagte hiervon Kenntnis gehabt habe.

II. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. a) Nicht zu beanstanden ist allerdings die - der Revision günstige - Annahme des Berufungsgerichts, die Kilometerangabe im Bestellformular sei als vertragliche Zusicherung der bisherigen Fahrleistung des Busses im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB anzusehen. Das Vorliegen einer Eigenschaftszusicherung ist in erster Linie eine Frage der tatrichterlichen Vertragsauslegung und deren Ergebnis daher, sofern es - wie hier - möglich ist (vgl. etwa Senatsurteil vom 25. Juni 1975 - VIII ZR 244/73 = WM 1975, 895, 896 unter III), grundsätzlich für das Revisionsgericht bindend (vgl. BGHZ 87, 302, 306).

Soweit die Revisionserwiderung die Wirksamkeit der Zusicherung mit dem Hinweis in Zweifel zu ziehen versucht, daß nach dem Inhalt des Bestellformulars und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Abschnitt I 4) Zusicherungen schriftlich niederzulegen seien, kann sie damit schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Kilometerangabe, die das Berufungsgericht als Zusicherung der entsprechenden Fahrleistung gedeutet hat, der Schriftform genügt.

b) Rechtlich bedenkenfrei ist ferner das im Wege der Auslegung gewonnene Ergebnis, daß dem Anfechtungsschreiben des Klägers vom 3. Februar 1984 ein Wandelungsverlangen zu entnehmen sei. Der Inhalt dieses Schreibens läßt erkennen, daß der Kläger auf jeden Fall vom Kaufvertrag loskommen wollte. Dies genügt, um der erklärten Anfechtung auch die Bedeutung einer Wandelungserklärung beizumessen (Senatsurteil vom 11. Januar 1978 - VIII ZR 123/75 = WM 1978, 326, 327 m.w.Nachw.).

2. Unhaltbar ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Recht des Klägers, die Rückgängigmachung des Kaufvertrages zu verlangen, sei nach Abschnitt VII Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten wirksam ausgeschlossen.

a) Das Berufungsgericht hat verkannt, daß ein formularmäßiger Gewährleistungsausschluß die Haftung des Verkäufers für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften nicht erfaßt, wenn und soweit er mit dem Inhalt der Zusicherung in Widerspruch steht (vgl. u.a. BGHZ 50, 200; Senatsurteile vom 25. Juni 1975 - VIII ZR 244/73 = WM 1975, 895, 897 und zuletzt vom 23. April 1986 - VIII ZR 125/85 = WM 1986, 867, 868). Da im vorliegenden Falle, was auch sonst der Regel entspricht, der Gewährleistungsausschluß mit der Zusicherung schlechthin unvereinbar ist, folgt die Berechtigung des Klagebegehrens ohne weiteres aus §§ 459 Abs. 2, 462, 467 BGB, sofern die von der Beklagten gegebene Zusicherung unrichtig war.

Davon ist für die Revisionsinstanz auszugehen. Denn das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Fahrleistung des Busses, wie der Kläger behauptet und unter Beweis gestellt hat, abweichend von den zugesicherten 207.150 km mehr als 250.000 km betragen habe.

b) Hiervon abgesehen, entspräche die Klageabweisung auch vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus nicht der

Rechtslage. Das Berufungsgericht hat übersehen, daß der Klageanspruch selbst beim Eingreifen des in Abschnitt VII Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten Gewährleistungsausschlusses seine Grundlage in deren Abschnitt VII Nr. 1, 6. Abs. und möglicherweise auch in Nr. 2, 2. Abs. fände.

aa) Nach Nr. 1, 6. Abs. kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten, wenn sich die Nachbesserung als unmöglich erweist. Das ist hier der Fall. Der Mangel, der in der - zu unterstellenden - falschen Zusicherung der bisherigen Fahrleistung liegt, ist seiner Art nach nicht nachbesserungsfähig. Die Ausübung des Rücktrittsrechts wäre in der vom Berufungsgericht festgestellten Wandelungserklärung des Klägers zu erblicken.

Der Umstand, daß die Beklagte dem Kläger den in Abschnitt VII der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erwähnten Zustandsbericht nicht übergeben hat, stünde dem Rücktritt entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht entgegen. Ob die Beklagte einen solchen Bericht aushändigte oder nicht, lag in ihrem freien Ermessen (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 3. Aufl., Rdnr. 940). Unterließ sie es, obwohl sie den im Bestellformular vordruckten Hinweis "Zustandsbericht ist beigelegt" nicht gestrichen hatte, so muß sie sich so behandeln lassen, als sei ein Zustandsbericht beigelegt worden (vgl. Reinking/Eggert aaO Rdnr. 941).

bb) In Abschnitt VII Nr. 2, 2. Abs. ist der Schadensersatzanspruch wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften

(§ 463 BGB) ausdrücklich vom Gewährleistungsausschluß ausgenommen, was das Berufungsgericht auch von seinem Standpunkt aus zur Prüfung der Voraussetzungen des § 463 BGB hätte veranlassen müssen. Nach dieser Vorschrift kann der Käufer im Rahmen des sogenannten großen Schadensersatzes das verlangen, was der Kläger hier mit der Klage beansprucht: Zurverfügungstellung des Kaufgegenstandes und Ersatz seines Schadens wegen Nichterfüllung. Dazu gehört stets der gezahlte Kaufpreis (BGHZ 29, 148; RGZ 134, 90).

Ob der Kläger seine Klage wahlweise auch auf diese Anspruchsgrundlage gestützt hat, ist allerdings nicht unzweifelhaft, braucht aber nicht abschließend entschieden zu werden, weil das Berufungsurteil ohnehin aus einem anderen Grunde (oben II 2 a) aufgehoben werden muß. Bei der erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht das Klägervorbringen nach der erforderlichen Klärung der tatsächlichen Fahrleistung des Busses gegebenenfalls auch in dieser Hinsicht zu würdigen haben.

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Groß