

*** Ersatzlieferung beim Stückkauf**

BGB §§ 123I, 166I, 439I, 275I

1. Zur Frage der arglistigen Täuschung bei einem Gebrauchtwagenkauf durch Zusicherung der Unfallfreiheit des Fahrzeugs „ins Blaue hinein“.

2. Die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache ist auch beim Stückkauf nicht von vornherein 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. 6. 2006 - VIII ZR 209/05 (OLG Schleswig)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. kaufte von der Bekl., einer Automobilherstellerin, einen von ihrer Niederlassung in L. im Internet angebotenen Gebrauchtwagen M. zum Preis von 29000 Euro. Der Kaufvertrag wurde am 14. 3. 2002 in der Niederlassung in L. mit der Bekl. geschlossen, nachdem der Kl. das Fahrzeug dort besichtigt hatte. Das dem Vertrag zu Grunde liegende Bestellformular enthielt die Eintragung: „Zahl, Art und Umfang von Unfallschäden laut Vorbesitzer: Keine“. Die Niederlassung in L. hatte das Fahrzeug von einer Tochtergesellschaft der Bekl., der D-GmbH, erworben, die es zuvor durch ein Dekra-Gutachten hatte bewerten lassen. Das Fahrzeug wurde dem Kl. am 21. 3. 2002 übergeben. Nachdem der Kl. bei einem Werkstattbesuch erfahren hatte, dass das Fahrzeug einen erheblichen und nicht fachgerecht reparierten Unfallschaden erlitten habe, beanstandete er dies gegenüber der Bekl. Ein daraufhin von der Bekl. am 29. 1. 2003 in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten bestätigte den Verdacht. Es stellte sich heraus, dass die betreffende Reparatur im September 1998 in der Niederlassung der Bekl. in M. durchgeführt worden war. Mit Schreiben vom 24. 4. 2003 erklärte der Kl. die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung. Der Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, 29000 Euro nebst Zinsen an die D-GmbH zu zahlen, die den Kaufpreis finanziert hatte.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das OLG Schleswig (NJW-RR 2005, 1579) der Klage stattgegeben. Die vom BerGer. zugelassene Revision der Bekl. führte zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

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

5 Dem Kl. stehe der geltend gemachte Zahlungsanspruch nach § 812I 1 Alt. 1 BGB zu. Den Kaufpreis habe der Kl. ohne rechtlichen Grund geleistet, weil er seine Kaufvertragserklärung gem. § 123I BGB wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten habe. Er habe bewiesen, dass der für die Bekl. 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 Bekl. eine arglistige Täuschung des Kl. vor, weil sich die Bekl. nach § 166I BGB das nicht mitgeteilte Wissen anderer Personen aus ihrem Bereich zurechnen lassen müsse. Die Voraussetzungen für eine Wissenszurechnung seien erfüllt. Die Speicherung der umfangreichen, in einer

Niederlassung der Bekl. in M. durchgeführten Unfallreparatur wäre geboten gewesen, weil die Reparatur durch einen Leasingnehmer der Tochtergesellschaft der Bekl. in Auftrag gegeben worden sei, ein Verkauf der bei den Tochtergesellschaften der Bekl. angefallenen Gebrauchtfahrzeuge über eine der Niederlassungen der Bekl. wahrscheinlich sei und die Niederlassungen im Falle von aus dem Bereich der Bekl. stammenden Fahrzeugen üblicherweise auf eigene Untersuchungen verzichteten. Wenn die bei der Niederlassung der Bekl. 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 Kaufvertrags dagegen wegen fehlenden Anfechtungsgrundes als unwirksam anzusehen sein sollte, bestehe jedenfalls ein Zahlungsanspruch des Kl. nach §§ 346I, 434, 437 Nr. 2, 326V BGB. Die Anfechtungserklärung des Kl. sei im Falle ihrer Unwirksamkeit gem. § 140 BGB in eine Rücktrittserklärung umzudeuten. Die fehlende Unfallfreiheit sei ein Sachmangel. Eine Fristsetzung des Kl. zur Nacherfüllung sei nach § 326V 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 auf Grund objektiver Anforderungen, sondern auch auf Grund des persönlichen Eindrucks des Käufers getroffen worden sei. Der Kl. habe den Rücktritt nach § 218 BGB rechtzeitig erklärt. Zwar sei die Verjährungsfrist für den Gewährleistungsanspruch nach Nr. VII 1a der AGB der Bekl. auf ein Jahr verkürzt; jedoch hätten die bereits vor Eintritt der Verjährung begonnenen Verhandlungen den Lauf der Verjährungsfrist gehemmt. Zu Gunsten der Bekl. könne nicht berücksichtigt werden, dass die Bekl. Gegenansprüche auf Rückgewähr des Fahrzeugs und Nutzungsentschädigung habe; denn die Bekl. habe die ihr insoweit zustehende Einrede aus § 348 BGB nicht erhoben.

7 II. Die Ausführungen des BerGer. halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Einen Anspruch des Kl. gegen die Bekl. aus § 812I 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen arglistiger Täuschung bei Abschluss des Kaufvertrags hat das BerGer. jedenfalls im Ergebnis zu Recht bejaht. Unabhängig davon ist die vorsorgliche Hilfsbegründung, mit der das BerGer. dem Kl. einen Rückzahlungsanspruch nach §§ 346I, 437 Nr. 2, 326V BGB zugebilligt hat, nicht zu beanstanden. Hinsichtlich beider Anspruchsgrundlagen wäre jedoch - entgegen der Auffassung des BerGer. - eine Zug-um-Zug-Verurteilung wegen des Anspruchs der Bekl. auf Rückgabe des Fahrzeugs und Herausgabe der Nutzungen auszusprechen gewesen.

8 1. Der Kl. hat den Kaufpreis ohne rechtlichen Grund geleistet (§ 812I 1 Alt. 1 BGB). Der Kaufvertrag vom 14. 3. 2002 ist gem. § 142I BGB unwirksam. Die vom Kl. mit Schreiben vom 24. 4. 2003 erklärte Anfechtung des Vertrags greift durch, weil der Verkäufer B den Kl. arglistig darüber getäuscht hat, dass das Fahrzeug nicht unfallfrei war (§ 123I BGB); diese Täuschung ist der Bekl. gem. § 166I BGB zuzurechnen.

9 a) Das BerGer. 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 Kl. mit dem Verkäufer *B* ohne dessen Wissen mitgehört hätten (vgl. hierzu *BGH*, NJW 2003, 1727 [unter II] m.w. Nachw.; BVerfGE 106, 28 [47ff.] = NJW 2002, 3619). Die Bekl. 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 (§ 295I ZPO). Denn die Bekl. hat in Kenntnis des Umstands, 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.

BGH: * Ersatzlieferung beim Stückkauf (NJW 2006, 2839)

2840



11 bb) Zu Unrecht beanstandet die Revision, das BerGer. habe rechtsfehlerhaft verkannt (§ 286 ZPO), dass der Zeuge *B* lediglich erklärt habe, der Wagen sei nach den Angaben der Vorbesitzer unfallfrei. Das BerGer. ist in seiner Beweismwürdigung, 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 Kl. 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 Kl. ihn hierzu gefragt habe, werde er dies definitiv so weitergegeben haben.

12 cc) Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. angenommen, der Kl. habe die Angabe im Bestellformular „Zahl, Art und Umfang von Unfallschäden laut 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 BerGer., die vom RevGer. 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 (*Senat*, NJW 1998, 3197 = WM 1998, 2436 [unter II 2a]), ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Revision demgegenüber meint, die Auskunft des Zeugen *B* sei durch die Eintragung im Bestellformular eingeschränkt worden, setzt sie lediglich ihr eigenes Verständnis gegen die - rechtsfehlerfreie - tatrichterliche Auslegung.

13 b) Entgegen der Auffassung des BerGer. ist dem Verkäufer *B* selbst arglistiges Handeln vorzuwerfen. Arglistig handelt, wer unrichtige Erklärungen in Kenntnis ihrer Unrichtigkeit abgibt; bedingter Vorsatz reicht hierfür aus (vgl. *Senat*, NJW 1998, 2360 [unter II 1b] 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] = NJW 1975, 642 m.w. Nachw.). Nach den tatsächlichen Feststellungen des BerGer. hat der Verkäufer *B* die Unfallfreiheit „ohne hinreichende Erkenntnisgrundlage“ (*Senat*, NJW 1998, 3197), somit „ins Blaue hinein“ zugesichert, ohne dass es hierfür auf die vom BerGer. erörterte Frage ankommt, ob der Bekl. oder dem Verkäufer *B* das Wissen zuzurechnen ist, dass die Mitarbeiter der Niederlassung in M. der Bekl. über den Unfallschaden des Fahrzeugs vor mehr als drei Jahren erlangt hatten.

14 Das BerGer. 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 Bekl. oder ihrer Tochtergesellschaft, gekommen sei. Dieser Umstand bildete keine hinreichende Erkenntnisgrundlage für die dem Kl. gegenüber abgegebene - uneingeschränkte - Erklärung, dass das Fahrzeug unfallfrei sei. Zur Verfügung stand dem Verkäufer *B* nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. 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 BerGer. 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 BerGer. 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 [386ff.] = NJW 1975, 642; *Senat*, NJW 1981, 928 [unter II 2b 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 BerGer. 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 Kl. 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 BerGer. im Rahmen seiner Hilfsbegründung einen Anspruch des Kl. auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 346I, 437 Nr. 2, 326V BGB bejaht hat. Das BerGer. hat die Anfechtungserklärung des Kl. 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 Kl. ist, wenn die Anfechtung nicht durchgreifen würde, entgegen der Auffassung der Revision wirksam. Durch den Rücktritt wurde der Kaufvertrag in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis nach §§ 346ff. BGB umgewandelt. Der Kl. war zum Rücktritt berechtigt und hat diesen rechtzeitig erklärt.

17 a) Zutreffend hat das BerGer. angenommen, dass dem Kl. ein Rücktrittsrecht zustand. Gemäß § 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB kann der Käufer einer mangelhaften Sache nach § 326V BGB von dem Vertrag zurücktreten. Das vom Kl. gekaufte Fahrzeug war mangelhaft, weil es entgegen der vereinbarten Beschaffenheit nicht unfallfrei war (§ 434I BGB). Der Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 326V BGB setzt weiter voraus, dass der Verkäufer nach § 275I bis III 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, 439I BGB. Ein solcher Nacherfüllungsanspruch des Kl. ist jedoch gem. § 275I BGB ausgeschlossen, weil der Bekl., wie das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt hat, beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind. Eine Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels (§ 439I, Alt. 1 BGB) kommt nicht in Betracht, weil sich der Charakter des Fahrzeugs als Unfallwagen nicht durch Nachbesserung korrigieren lässt (vgl. auch BT-Dr 14/6040, S. 209; *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 9. Aufl., Rdnr. 1425). Auch die andere Art der Nacherfüllung, die Ersatzlieferung (§ 439I Alt. 2 BGB), ist nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des BerGer. bei dem hier vorliegenden Gebrauchtwagenkauf unmöglich.

18 aa) Das BerGer. ist allerdings mit Recht davon ausgegangen, dass die Lieferung eines anderen - funktionell und vertragsmäßig gleichwertigen - 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*, in: Festschr. f. Schlechtriem, 2003, S. 521 [523 Fußn. 9]; *Tiedtke/Schmitt*, JuS 2005, 583 [586]; *Lorenz*, JZ 2001, 742 [744], anders jedoch nunmehr *ders.*, in: MünchKomm, 4. Aufl., Vorb. § 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 vornherein untauglich

BGH: * Ersatzlieferung beim Stückkauf (NJW 2006, 2839)

2841



sei, den vertraglich geschuldeten Zustand herbeizuführen (vgl. *U. Huber*, S. 523 Fußn. 9 m.w. Nachw.; *Ackermann*, JZ 2002, 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 [2119f.]; *Canaris*, JZ 2003, 831, 1156; *Westermann*, in: MünchKomm, § 439 Rdnrn. 11f.; *Palandt/Putzo*, BGB, 65. Aufl., § 439 Rdnr. 15; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, Neubearb. 2004, § 439 Rdnrn. 28ff.; *Ball*, NZV 2004, 217 [220]), ist das BerGer. zu Recht nicht gefolgt. Eine einschränkende Auslegung des § 439I BGB dahin, dass der Käufer einer Stücksache eine Ersatzlieferung in keinem Fall verlangen kann, findet im Wortlaut des § 439I 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 §§ 437ff. BGB zu Grunde liegt (vgl. hierzu Entwurfsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Dr 14/6040, S. 94f., 220f., 230; BGHZ 162, 219 [226ff.] = NJW 2005, 1348), beim Stückkauf von vornherein entfiel. Das widerspräche dem Willen des Gesetzgebers.

20 (1) Gemäß § 439I BGB, der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. 11. 2001 (BGBl I, 3138) in das BGB 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 (§ 480I 1 BGB a.F.), ist im neuen Recht aufgegeben worden (vgl. BT-Dr 14/6040, S. 230).

21 (2) Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Schaffung des - in §§ 459ff. 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-Dr 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 vornherein ausscheidet, so ist sie doch, wie schon in der Entwurfsbegründung betont worden ist (BT-Dr 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-Dr 14/6040, S. 232). Die mit dieser Erwägung in Einklang stehende Annahme des BerGer., dass auch im hier vorliegenden Fall eines Gebrauchtwagenkaufs die Ersatzlieferung eines anderen Fahrzeugs unmöglich i.S. des § 275I 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*, § 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 BerGer. ist bei seiner Auslegung des Kaufvertrags 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 Kl. seine Kaufentscheidung nicht nur auf Grund objektiver Anforderungen, sondern auch auf Grund des bei der Besichtigung gewonnenen persönlichen Eindrucks von dem Fahrzeug getroffen habe. Diese tatrichterliche Würdigung, die vom RevGer. nur beschränkt überprüfbar ist, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Revision meint, der Bekl. sei die Lieferung eines gleichwertigen Gebrauchtfahrzeugs nicht unmöglich, weil der Kl. 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 haben. Der tatrichterlichen Auslegung des Kaufentschlusses durch das BerGer. setzt die Revision nur ihre eigene Auffassung von der Austauschbarkeit des Fahrzeugs entgegen, ohne Auslegungsfehler aufzuzeigen.

24 Die Auslegung des BerGer. 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 BerGer. 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 auseinanderzusetzen haben, bevor ein Rücktritt vom Vertrag oder ein anderes Recht aus § 437 Nrn. 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 vornherein ausscheiden“ werde (BT-Dr 14/6040, S. 232; ebenso zum Gebrauchtwagenkauf: *Reinking/Eggert*, Rdnrn. 1421f.; vgl. dazu auch *Ball*, NZV 2004, 217 [220]).

Umstände, welche bei einem Gebrauchtwagenkauf, wie er hier vorliegt, die Annahme eines Ausnahmefalls nahelegen könnten, in dem die Lieferung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs als möglich erscheint (dazu *Ball*, NZV 2004, 217 [220]), sind weder vom BerGer. festgestellt noch sonst ersichtlich. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revision insoweit nicht auf.

25 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist der Rücktritt des Kl. nicht nach §§ 438IV 1, 218I 1 BGB i.V. mit Nr. VII 1a der AGB der Bekl. wegen eingetretener Verjährung des (hypothetischen) Nacherfüllungsanspruchs des Kl. unwirksam.

26 aa) Die Revision meint, der Rücktritt des Kl. sei unwirksam, weil die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche des Kl. am 13. 8. 2003, dem Zeitpunkt der Erhebung der auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichteten Klage, bereits abgelaufen gewesen sei. Damit dringt die Revision nicht durch. Gemäß § 438IV 1 i.V. mit § 218I 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-Dr 14/6040, S. 124).

Dementsprechend kommt es nach § 218I 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 (§§ 346ff. BGB).

27 bb) Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass der Kl. den in der Anfechtung zu sehenden Rücktritt (§ 140 BGB) im Schreiben vom 24. 4. 2003 erklärt hat, bevor ein etwaiger Anspruch des Kl. auf Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 1, 439I BGB) verjährt gewesen wäre. Die Mängelansprüche des Kl. unterlagen nach VII 1a der AGB der Bekl., die nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. Vertragsinhalt geworden sind, einer verkürzten Verjährungsfrist von einem Jahr. Die einjährige Verjährung wurde mit der Ablieferung des Fahrzeugs am 21. 3. 2002 in Gang gesetzt (§ 438II BGB). Die als Rücktrittserklärung umzudeutende Anfechtung vom 24. 4. 2003 ist rechtzeitig erfolgt, weil der Eintritt der Verjährung, wie das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt hat, auf Grund der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen über den Sachmangel gem. § 203 BGB gehemmt worden war. Zwar hat das BerGer. die Zeitpunkte des Beginns und der Beendigung der Verhandlungen nicht ausdrücklich angegeben. Sie ergeben sich jedoch aus den vom BerGer. getroffenen tatsächlichen Feststellungen. Danach trat eine Hemmung der Verjährung spätestens am 29. 1. 2003 ein, als die Bekl. einen Sachverständigen mit der Begutachtung des Fahrzeugs beauftragte, um die Reklamation des Kl. zu überprüfen. Die Hemmung der Verjährung endete - wovon auch die Revision ausgeht - frühestens mit der Erklärung der Anfechtung beziehungsweise des Rücktritts im Schreiben des Kl. vom 24. 4. 2003. Danach wäre zu diesem Zeitpunkt ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch des Kl. noch nicht verjährt gewesen.

28 3. Zu Recht beanstandet die Revision die uneingeschränkte Verurteilung der Bekl. zur Rückzahlung des Kaufpreises. Das BerGer. hat es versäumt, die Verurteilung dahin einzuschränken, dass die Bekl. 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 BerGer. die Verurteilung der Bekl. gestützt hat, geboten.

29 Das BerGer. ist - zutreffend - selbst davon ausgegangen, dass der Kl., an dessen Bank der Kaufpreis zurückzuzahlen ist, seinerseits das Fahrzeug zurückzugeben und die gezogenen Nutzungen herauszugeben hat. Diese Gegenansprüche der Bekl. ergeben sich hinsichtlich der Anfechtung des Vertrags (oben unter 1) aus §§ 812I, 818II BGB und hinsichtlich eines etwaigen Rücktritts vom Vertrag (oben unter 2) aus §§ 346f. BGB. Auch hat das BerGer. nicht verkannt, dass die gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien Zug um Zug zu erfüllen sind, wenn die Bekl. das ihr insoweit zustehende Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht hat (§§ 273f. BGB bzw. § 348 i.V. mit §§ 320ff. BGB). Nicht gefolgt werden kann indessen der Annahme des BerGer., die Bekl. 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 Bekl. voraus; vielmehr reicht es aus, wenn der Bekl. einen uneingeschränkten Klageabweisungsantrag stellt, sofern der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist (*Senat*, NJW 1999, 53 [unter II 2]).

31 Ein solcher Fall liegt hier vor. Zu Recht beanstandet die Revision, das BerGer. habe den Prozessstoff unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht erschöpfend gewürdigt. Schon in der Klageerwiderung hat die Bekl. geltend gemacht, der Kl. 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 Bekl. 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 Umstands aus, dass auch der Kl. selbst von einer Verknüpfung des Erfolgs seiner Klage mit einer Rückgabe des Fahrzeugs ausging; seine Bereitschaft, das Fahrzeug zurückzugeben, wenn die Bekl. den Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung zurückzahlt, hatte er durch seine Zustimmung zu einem entsprechenden Vergleichsvorschlag des LG zum Ausdruck gebracht. Danach hatte die Bekl. 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 Kaufvertrags, wie das BerGer. gemeint hat, nicht deutlich gemacht habe. Wenn das BerGer. gleichwohl davon ausgehen wollte, dass die Bekl. 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 Bekl. gem. § 139 ZPO einen Hinweis auf seine von den Vorstellungen beider Parteien abweichende Auffassung geben müssen. Die Bekl. hätte dann, wie die Revision ausführt, selbstverständlich klargestellt, dass sie das ihr zustehende Leistungsverweigerungsrecht habe erheben wollen.

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

Anm. d. Schriftltg.:

Zu BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348 vgl. die Besprechung von *Riehm/Herresthal*, NJW 2005, 1457.