Arglistiges Verschweigen des Mangels eines Abschleppfahrzeugs

1. **Ein Verkäufer verschweigt einen Mangel nur dann arglistig, wenn er die den Mangel begründenden Umstände kennt oder sie zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer diese Umstände nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Ob der Verkäufer die den Mangel begründenden Umstände rechtlich zutreffend einordnet, ist ohne Belang; dass sich ihm ihr Vorliegen hätte aufdrängen müssen, genügt für Arglist aber nicht.**

2. **Einen Mangel, der einer Besichtigung zugänglich und damit für den Käufer ohne Weiteres erkennbar ist, muss der Verkäufer nicht von sich aus offenbaren.**

3. **Nach einem mangelbedingten Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag ist gemeinsamer Erfüllungsort für sämtliche Rückgewährpflichten der Ort, an dem sich die Kaufsache vertragsgemäß befindet.**

OLG München, Urteil vom 09.06.2016 – 23 U 1201/14

Sachverhalt: Die Klägerin hat von der Beklagten ein Abschleppfahrzeug erworben und begehrt die Rückabwicklung des Kaufvertrages.

Am 12.12.2011 begab sich vereinbarungsgemäß der Geschäftsführer der Klägerin zu der Beklagten, um dort ein Abschleppfahrzeug mit Verschiebeplateau und Ladekran zu besichtigen. Der Geschäftsführer der Beklagten erklärte, dieses Fahrzeug befinde sich noch in Bamberg, weil es ein Leasingrückläufer sei, und zeigte unter anderem Bilder vom Aufbau des Fahrzeugs. Am selben Tag unterzeichnete die Klägerin einen als „Auftragsbestätigung Nr. 42“ überschriebenen Kaufvertrag über ein Abschleppfahrzeug mit Verschiebeplateau, Ladekran, Winde und Hubbrille zum Preis von 53.550 € brutto.

In diesem Vertrag heißt es unter anderem:

> „Wenn laut TÜV Bremsen und Reifen nicht erneuert werden müssen, bekommt Kunde … Hubjoch und Radklammern dazu. Ansonsten werden diese berechnet.
>
> …

> Fahrzeug verkauft wie besichtigt, geprüft und Probe gefahren unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung und Mängelrüge.“

Die Klägerin wurde darauf hingewiesen, dass die Beklagte in ihrem Lieferprogramm auch Fahrzeuge habe, bei denen die Ladefläche fast komplett abgesenkt werden könne. Des Weiteren wurde sie darauf hingewiesen, dass man zwar fast alle Pkw befördern könne, aber je nach Beschaffenheit des abzuschleppenden Fahrzeugs der Ladekran verwendet werden müsse, was unter anderem an der Bereifung des Fahrzeugs liege.

Nach Abschluss des Kaufvertrags verbrachte die Beklagte das Fahrzeug in eine Werkstatt, in der unter anderem die Bremsen repariert wurden. Den ihr von der Klägerin übersandten Scheck über den Kaufpreis löste sie am 23.12.2011 ein.

Abgeholt wurde das am 27.02.2012 zugelassene Abschleppfahrzeug am 03.02.2012. Bei der Abholung forderte die Beklagte mit der Begründung, dass die Bremsen erneuert worden seien, die Zahlung von 3.000 € zzgl. MwSt. für das Ladegeschirr. Die Klägerin zahlte den verlangten Betrag. Beim Befahren des Verschiebeplateaus setzte der Opel Corsa des Zeugen *T* mit der vorderen Stoßstange auf. Dies rügte der Zeuge *T*. Der Geschäftsführer der Beklagten reagierte auf die Frage, ob man das Plateau verstellen könne, um den Auffahrwinkel zu verändern, nicht, sondern sagte, er müsse nun weg.

Nach ersten Einsätzen des Abschleppfahrzeugs, die die Klägerin aufgrund des Auffahrwinkels des Verschiebeplateaus nicht zufriedenstellten, kam es zu weiteren Verhandlungen zwischen der Klägerin und der Beklagten. Die Beklagte bot an, den Hubzylinder des Verschiebeplateaus nach vorn zu versetzen und so den Auffahrwinkel zu verbessern. Hierfür verbrachte die Klägerin das Fahrzeug am 22.03.2012 zur Beklagten. Bei der Abholung am 05.04.2012 stellte sie fest, dass man auch nach der Nachbesserung einen „durchschnittlichen“ Audi A 3 nicht ohne Auffahrschienen aufladen kann. Der Zeuge *T* wollte das Abschleppfahrzeug deshalb zunächst so lange nicht mitnehmen, bis die nach seiner Auffassung noch vorhandenen Mängel beseitigt seien. Als der Geschäftsführer der Beklagten drohte, die Polizei zu rufen, nahm der Zeuge *T* das Fahrzeug jedoch mit. Er erhielt einen Lieferschein, in dem unter anderem aufgeführt ist, dass der Zylinder in Richtung Führerhaus versetzt wurde und die Auffahrrampen auf Kulanz mit Spanngurten auf dem Verschiebeplateau befestigt wurden.

Mit Schriftsatz vom 03.05.2012 leitete die Klägerin ein selbstständiges Beweisverfahren beim LG München II ein.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 06.05.2013 erklärte die Klägerin die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, hilfsweise den Rücktritt vom Kaufvertrag, und forderte die Beklagte auf, das Abschleppfahrzeug bis zum 17.05.2013 abzuholen und ihr den Kaufpreis zu erstatten.

Die Klägerin ist der Ansicht, das Fahrzeug könne nicht zu dem vertraglich vereinbarten Zweck – als Abschleppfahrzeug – eingesetzt werden. Die Beklagte, der dies zwingend bekannt gewesen sein müsste, habe sie insoweit arglistig über den Zustand des Fahrzeugs getäuscht.

Das Landgericht (LG München II, Urt. v. 30.01.2014 – 4 HK O 3749/13) hat die Klage abgewiesen. Es hat die Arglistanfechtung für unwirksam gehalten und gemeint, die Klägerin habe nicht bewiesen, dass die Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig gehandelt habe. Der Abschleppwagen sei als Gesamtheit zu sehen, das heißt, es müsse berücksichtigt werden, dass das Fahrzeug auch über enen Ladekran verfüge. Da die Beklagte im Übrigen weder eine Garantie für die Beschaffenheit des Abschleppfahrzeugs übernommen noch eine bestimmte Eigenschaft zugesichert habe, sei der vereinbarte Gewährleistungsausschluss nicht gemäß § 444 BGB unwirksam.

Die Berufung der Klägerin, die als Mangel nur noch geltend machte, dass der Auffahrwinkel zu steil sei, hatte überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen: II. … 1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 434 I BGB …

1.1 Das Abschleppfahrzeug ist mangelhaft i. S. von § 434 I BGB, da der Auffahrwinkel zu steil ist.

1.1.1 Die Klägerin und die Beklagte haben einen Kaufvertrag geschlossen; dieser wurde nicht wirksam nach § 123 I BGB angefochten. Die mit anwaltlichem Schreiben vom 06.05.2013 erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist verfristet.

Gemäß § 124 I BGB kann die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nur binnen Jahresfrist erfolgen. Die Frist beginnt im Fall der arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt (§ 124 II 1 BGB). Ein bloßer Verdacht oder Kennenmüssen genügt nicht (Palandt/*Ellenberger,* BGB, 75. Aufl. [2016], § 124 Rn. 2). Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe beim ersten Einsatz festgestellt, dass der Auffahrwinkel des Abschleppfahrzeugs zu steil ist. Unstreitig wurde das Fahrzeug am 22.03.2012 zur Nachbesserung zur Beklagten gebracht. Damit begann die Frist zur Anfechtung spätestens am 22.03.2012 und war jedenfalls am 06.05.2013 abgelaufen.

1.1.2 Gemäß § 434 I 1 BGB ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat.

Unstreitig hat die Klägerin nicht ausdrücklich in Bezug auf die Absenkbarkeit des Plateaus und den Auffahrwinkel nachgefragt. Die Annahme der Vereinbarung einer Beschaffenheit, für deren Fehler der Verkäufer nach Maßgabe des § 437 BGB haftet, kommt nicht mehr „im Zweifel", sondern nur noch in einem eindeutigen Fall in Betracht (BGH, Urt. v. 12.03.2008 – VIII ZR 253/05, juris Rn. 13). Eine derartige eindeutige Vereinbarung, dass ein bestimmter Auffahrwinkel vorliegt oder mit der Plattform nahezu alle Fahrzeuge aufgezogen werden können, wurde vorliegend nicht getroffen.

Soweit keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, ist die Sache gemäß § 434 I 2 Nr. 1 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Erforderlich ist, dass in dem Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend eine bestimmte Verwendung der Kaufsache beiderseits vorausgesetzt wird; dies ergibt sich in der Regel ohne besondere Erklärung aus dem allgemeinen Verwendungszweck der Kaufsache (Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 75. Aufl. [2015], § 434 Rn. 21).

Im vorliegenden Fall war von den Parteien vorausgesetzt, dass das Abschleppfahrzeug unter Einsatz des Verschiebeplateaus und nicht überwiegend nur unter Zuhilfenahme des Krans eingesetzt werden sollte. Die Klägerin hat in der PSA-Checkliste hinsichtlich des geplanten Einsatzbereichs angegeben, das Fahrzeug solle für „Abschleppen – Falschparker", „Kleine Bergungen (Pkw bis 3,4 t)", „Kranarbeiten, die nicht im Zusammenhang mit dem Abschleppenvorgängen stehen (z. B. Baustellenbetrieb usw.)" und „Bergungen mittels Seilwinde – Zugrichtung gerade zum Fahrzeug" eingesetzt werden. Hieraus ergibt sich, dass Fahrzeuge aufgezogen werden sollten.

1.1.3 Aufgrund des eingeholten Sachverständigengutachtens steht zur Überzeugung des Senats fest, dass das Abschleppfahrzeug zum Aufziehen der meisten Pkw nicht geeignet und die Benutzung mobiler Auffahrschienen oder des Krans keine Alternative ist.

1.1.3.1 Der Sachverständige hat bei dem durchgeführten Ortstermin auf einer nicht ebenen Grundstücksfläche Auffahrwinkel von circa 13° mit und circa 16° ohne Ausschubrampen gemessen. Bei seiner Gutachtenserstellung hat er Auffahrwinkel von 16,7° und 20,8° zugrunde gelegt, die der Sachverständige *W* bei der Besichtigung des streitgegenständlichen Abschleppfahrzeugs im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens in einer TÜV-Niederlassung ermittelt hat.

Es ist nicht zu beanstanden, dass der Sachverständige bei Gutachtenerstellung die vom Sachverständigen *W* in der TÜV-Niederlassung ermittelten Auffahrwinkel zugrunde gelegt hat, da – worauf der Sachverständige auf Seite 4 seines Gutachtens hinweist – im praktischen Einsatz des Abschleppfahrzeugs die Auffahrwinkel von der Geländebeschaffenheit beeinflusst werden und – wie der Sachverständige bei der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens angegeben hat – die Auffahrwinkel bei einer entsprechenden Bodenbeschaffenheit noch größer sein könnten als die von ihm zugrunde gelegten Winkel.

1.1.3.2 Der Sachverständige hat die Aufziehbarkeit von neun zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags gängigen Pkw-Modellen aufgrund einer zeichnerischen Analyse, bei der die Fahrzeuge virtuell aufgefahren werden, überprüft. Es ist weder von den Parteien vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass es sich bei den vom Sachverständigen ausgewählten Pkw-Modellen nicht um gängige Modelle handelt.

1.1.3.3 Bei dem virtuellen Auffahren kommt der Sachverständige nachvollziehbar und überzeugend zu dem Ergebnis, dass die ausgewählten Fahrzeuge ohne Verwendung hydraulischer Zusatzschienen und mobiler Auffahrschienen nicht auf das Plateau aufgezogen werden können. Die Fahrzeuge können auch nicht bei ausgefahrenen hydraulischen Zusatzschienen aufgezogen werden. Bei Verwendung mobiler Auffahrschienen mit einer Länge von ca. 2.400 mm können sämtliche ausgewählte Fahrzeuge – mit Ausnahme des Opel Astra – aufgezogen werden. Der Opel Astra könne aber wegen der Deformierbarkeit der fahrzeugseitigen Berührstellen und ihrer Auslegung für geringenergetische Kollisionen in dem betreffenden Fall aufgrund der geringen Überschneidung des Vorbaus und der Rampenfläche von 1,23 mm als aufziehbar betrachtet werden. Dies stimmt auch überein mit den Feststellungen des Sachverständigen *W* in dessen Gutachten vom 09.04.2013. Dieser konnte zwar einen Pkw Golf Kombi bei abgesenktem Plateau sowie abgesenktem Fahrwerk sowohl mit als auch ohne ausgefahrene Zusatzschienen aufziehen. Weitere Standardfahrzeuge konnten jedoch bei dem Ladeversuch ohne Beschädigung der Fahrzeuge nicht aufgezogen werden. Der Sachverständige *W* kommt daher zu dem Ergebnis, dass das streitgegenständliche Fahrzeug nicht uneingeschränkt als Abschleppwagen mit Verschiebeplateau nutzbar sei. Der Sachverständige *W* führt in seinem Gutachten ferner aus, das Abschleppfahrzeug weise ohne Ausschubrampen einen Auffahrwinkel von ca. 20,8° und mit Ausschubrampen einen Auffahrwinkel von circa 16,7° auf. Da die Böschungswinkel von durchschnittlichen, nicht geländegängigen Fahrzeugen bei maximal circa 14° liegen, sei der Auffahrwinkel des Plateaus für Standardfahrzeuge als zu steil einzustufen und für den Alltagsbetrieb untauglich. Ein Auffahrwinkel von maximal 12–15° lasse einen Standardbetrieb mit annehmbaren Einschränkungen zu. Bei dem Abschleppfahrzeug müssten weitere mechanische Zusatzrampen verwendet werden, um ein beschädigungsfreies Verladen zu gewährleisten. Für ein problemloses Abschleppen würden Rampen mit einem Auffahrwinkel von weniger als 11° empfohlen.

1.1.3.4 Der Sachverständige *W* führt in seinem schriftlichen Gutachten aus, dass ohne die Verwendung mobiler Auffahrschienen die meisten Pkw wegen des zu steilen Auffahrwinkels nicht auf die Plattform aufgezogen werden können. Durch Einsatz mobiler Auffahrschienen, welche mit geringem Aufwand an das Fahrzeug angepasst und mit geringem Zeitaufwand an dem Abschleppfahrzeug positioniert werden können, könnten alle ausgewählten Fahrzeuge auf die Plattform aufgezogen werden. Die Verwendung mobiler Auffahrschienen verbessere somit die Einsetzbarkeit des Abschleppfahrzeugs.

Soweit der Sachverständige in der mündlichen Anhörung ausgeführt hat, das Fahrzeug sei seiner Auffassung nach nicht ungeeignet, das heißt, es sei für den Berge- und Abschleppdienst geeignet, da es durchaus üblich sei, dass mit dem Fahrzeug bestimmte Aufgaben nicht erfüllt werden können, schließt sich der Senat dieser Auffassung nicht an. Der Sachverständige hat angegeben, bei dem Fahrzeug handle es sich nicht um einen Fahrzeugtyp, mit dem möglichst viele Fahrzeuge aufgezogen werden können. Da es jedoch vertraglich vorausgesetzter Vertragszweck war, Fahrzeuge aufzuziehen, hätte die Beklagte die Klägerin darauf hinweisen müssen, dass mit dem Plateau nur wenige Fahrzeuge aufgezogen werden können. Die Klägerin kann von der Beklagten nicht auf die Verwendung mobiler Auffahrschienen verwiesen werden. Die Beklagte hätte die Klägerin jedenfalls bei Abschluss des Kaufvertrags darauf hinweisen müssen, dass ganz überwiegend ein Aufziehen nur mithilfe mobiler Auffahrschienen möglich ist.

Dem genügte der unstreitige Hinweis der Beklagten, dass sie in ihrem Programm auch Fahrzeuge hat, bei denen die Ladefläche fast komplett abgesenkt werden kann, und dass man zwar fast alle Pkw befördern kann, aber je nach Beschaffenheit des abzuschleppenden Fahrzeuges der Ladekran verwendet werden müsse, nicht. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Verwendung mobiler Auffahrschienen zu einem höheren Zeitaufwand führt. So hat der Sachverständige in der mündlichen Erläuterung ausgeführt, die Benutzung mobiler Auffahrschienen verursache nach seiner Einschätzung einen zusätzlichen Zeitaufwand von circa zehn Minuten. Zum anderen ist an dem Abschleppfahrzeug keine Arretiereinrichtung für mobile Auffahrschienen vorhanden. Der Sachverständige hat angegeben, sofern die Reibungskräfte groß genug seien, könnten die mobilen Auffahrschienen nur aufgelegt werden. Eine Arretierung sei jedoch sicher sinnvoll. Bei seiner Begutachtung des Fahrzeugs habe er keine Arretiereinrichtungen für den Einsatz der mobilen Auffahrschienen feststellen können. Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Verladen der mobilen Auffahrschienen problematisch ist. Der Sachverständige hat insoweit angegeben, die mobilen Auffahrschienen könnten auf der Ladefläche transportiert werden, auch wenn ein Fahrzeug aufgezogen sei. Diese könnten unter den vorderen oder hinteren Aufbau des zu transportierenden Fahrzeugs gezogen werden oder in Fahrzeugrichtung unter das Fahrzeug. Bei einer Längsverladung der Auffahrschienen könnten diese mit Spanngurten gesichert werden, was zum Beispiel dadurch möglich sei, dass die Spanngurte mit einem Besenstiel durchgesteckt werden. Dass eine Verladung der 2,40 m langen Auffahrschienen quer zur Fahrtrichtung aufgrund der Verkehrssituation nicht immer – gefahrlos – möglich ist, liegt auf der Hand. Eine Befestigung der Auffahrschienen im Falle einer Längsverladung mithilfe eines Besenstiels stellt keine zumutbare Alternative zum Aufziehen eines Fahrzeugs ohne mobile Auffahrschienen dar. Häufig dürfte die Verwendung mobiler Auffahrschienen auch einen zweiten Mitarbeiter erfordern. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei innerhalb der jeweiligen Rahmenbedingungen ein Einsatz des Fahrzeugs mit einem Mitarbeiter möglich, wenngleich der Einsatz eines zweiten Mitarbeiters praktischer sei. Die Auffahrschienen könnten grundsätzlich von einer Person alleine positioniert werden. Dies erscheint dem Senat jedoch insbesondere bei nicht optimalen Straßen- und Verkehrssituationen als problematisch. Der Sachverständige *W* hat auch selbst ausgeführt, die Nutzung mobiler Auffahrschienen sei nicht gänzlich unüblich; üblich sei es jedoch, ein Fahrzeug zum Einsatzort zu erbringen, bei dem die Auffahrschienen nicht erforderlich sind, wenn der Abschleppende eine Wahlmöglichkeit hat.

1.1.3.5 Aufgrund der Ausführungen des Sachverständigen stellt nach Ansicht des Senats – auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Beklagten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 31.05.2016 – die Einsatzmöglichkeit des Krans keine Alternative in den Fällen dar, dass die überwiegende Anzahl von Fahrzeugen aufgrund des zu steilen Auffahrwinkels nicht aufgezogen werden kann. In dem schriftlichen Gutachten hat der Sachverständige *W* ausgeführt, die Einsatzmöglichkeit des Krans stelle eine wirtschaftliche Alternative zu der Belademöglichkeit „Aufziehen“ dar, wenn ein Aufziehen der Pkw aus anderen Gründen als einer zu großen Steilheit des Auffahrwinkels nicht möglich ist. Der Kran stelle dann keine wirtschaftliche Alternative dar, wenn Ziel die Fähigkeit des Abschleppfahrzeugs ist, Fahrzeuge, tiefergelegte Fahrzeuge und Fahrzeuge mit Front- und Heckspoiler ohne den Einsatz von Ausschubrampen oder mobilen Auffahrschienen aufziehen zu können. Der Sachverständige hat dies mündlich dahin gehend erläutert, dass die Benutzung des Krans eine wirtschaftliche Alternative darstelle, wenn ein Fahrzeug entfernt werden soll, bei dem ein Aufziehen nicht möglich ist, weil davor und dahinter andere Fahrzeuge parken. Die Nutzung des Krans beanspruche mehr Zeit als ein Aufziehen auf die Plattform. Der Kraneinsatz bedürfe eines gewissen Platzes, da Abstützungen ausgefahren müssen. Gegebenenfalls müssten auch Straßen gesperrt werden. Beim Kraneinsatz sei ein Einsatz mit einem Mitarbeiter innerhalb der jeweiligen Rahmenbedingungen möglich, wenngleich der Einsatz eines zweiten Mitarbeiters praktischer und bei einem Mitarbeiter hinsichtlich des Einsatzes eine gewisse Kreativität oder Improvisation erforderlich sei. Praktischerweise werde ein hochgehobenes Fahrzeug gegen ein Drehen durch einen zweiten Mitarbeiter gesichert. Es gebe aber auch kreative oder improvisatorische Möglichkeiten, die es ermöglichten, dass nur ein Mitarbeiter das Fahrzeug gegen Drehen sichert. So könne zum Beispiel ein Seil von der Abschleppöse des Fahrzeugs zum Kran gelegt werden. Es sei auch möglich, ein Fahrzeug zu fixieren, dann zu bewegen und anschließend wieder zu fixieren, um es dann weiter zu bewegen.

1.2 Die Klägerin hat mit anwaltlichem Schreiben vom 06.05.2013 die Anfechtung und hilfsweise den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Zwar handelt es sich bei dem Rücktritt vom Vertrag um eine bedingungsfeindliche Gestaltungserklärung. Unbedenklich sind jedoch Bedingungen, die den Erklärungsempfänger nicht in eine ungewisse Lage versetzen, seine berechtigten Interessen also nicht beeinträchtigen (Palandt/*Ellenberger,* a. a. O., vor § 158 Rn. 13). Dies ist vorliegend der Fall, da die Klägerin in dem Schreiben die Anfechtung des Kaufvertrags erklärt hat und damit für die Beklagte unmissverständlich ist, dass die Klägerin den Kaufvertrag rückabgewickelt wissen will (vgl. BGH, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 182/08, juris Rn. 16).

1.3 Die Beklagte kann sich nicht auf den im Kaufvertrag vereinbarten Gewährleistungsausschluss berufen, da sie den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 444 BGB).

1.3.1 Die Parteien haben in dem Kaufvertrag vereinbart, das Fahrzeug werde „verkauft wie besichtigt, geprüft und Probe gefahren unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung und Mängelrüge“. Dieser Gewährleistungsausschluss konnte grundsätzlich wirksam vereinbart werden. Insbesondere hat die Klägerin nicht vorgetragen, dass es sich insoweit um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Zudem wäre gemäß § 309 Nr. 8 lit. b aa BGB ein Haftungsausschluss nur bei neu hergestellten Waren unwirksam.

1.3.2 Gemäß § 444 BGB kann sich der Verkäufer auf einen Gewährleistungsausschluss nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

1.3.2.1 Die Beklagte hat nicht die Garantie für die Beschaffenheit des Abschleppfahrzeugs übernommen (Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 444 Rn. 12; s. oben 1.1.1).

1.3.2.2 Die Beklagte hat den Mangel arglistig verschwiegen.

1.3.2.2.1 Arglistiges Verschweigen setzt voraus, dass der Verkäufer den Fehler kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH, Urt. v. 07.03.2003 – V ZR 437/01, juris Rn. 12; Urt. v. 12.04.2013 – V ZR 266/11, juris Rn. 12). Entscheidend ist allein, ob der Verkäufer die den Fehler begründenden Umstände kannte; ob er sie zutreffend als Fehler im Sinne des Gesetzes einordnete, ist ohne Belang (BGH, Urt. v. 07.03.2003 – V ZR 437/01, juris Rn. 16). Leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht, ebenso wenig, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen von Tatsachen hätte aufdrängen müssen, die einen Mangel begründen (BGH, Urt. v. 12.04.2013 – V ZR 266/11, juris Rn. 13). Zu berücksichtigen ist, dass beim Gebrauchtwagenhandel an den Händler andere und wesentlich höhere Anforderungen zu stellen sind als an einen privaten Verkäufer (Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 444 Rn. 11).

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte jedenfalls damit gerechnet, dass mit dem Verschiebeplateau nur sehr wenige Fahrzeuge aufgezogen werden können. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Beklagte in der Auftragsbestätigung Nr. 42 ... ausgeführt hat, dass der Auffahrwinkel aufgrund der „Hilfsrahmenanpassung für ... Hecktraverse“ ins Negative verändert wird, er ungünstiger werde. Um einen günstigen Auffahrwinkel zu halten, sollte man die Option 947 dazu wählen. Der Geschäftsführer der Beklagten hat insoweit in der mündlichen Verhandlung erklärt, unter der Option 947 seien die hydraulischen Auffahrschienen zu verstehen, die unter Position 14 der Auftragsbestätigung aufgeführt sind. Dies zeigt, dass die Beklagte wusste, dass der Auffahrwinkel problematisch ist, und sie daher damit gerechnet hat, dass es beim Aufziehen von Fahrzeugen zu Problemen kommen kann. Zum anderen wurde unstreitig der Aufbau von der Beklagten selbst hergestellt. Die Beklagte kannte daher den Auffahrwinkel, auch wenn es sich nach dem Vortrag der Beklagten bei dem Fahrzeug um einen Leasingrückläufer handelt und dieses sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages in Bamberg befand.

1.3.2.2.2 Ferner setzt arglistiges Verschweigen eine Aufklärungspflicht voraus, die der Käufer aufgrund der Verkehrsanschauung nach Treu und Glauben erwarten durfte (Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 442 Rn. 18). Bei Vertragsverhandlungen besteht eine Rechtspflicht zur Aufklärung auch ohne Nachfrage dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind (BGH, Urt. v. 11.08.2010 – XII ZR 192/08, juris Rn. 22). Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können (BGH, Urt. v. 11.08.2010 – XII ZR 192/08, juris Rn. 22). Dies gilt jedoch nicht für Mängel, die einer Besichtigung zugänglich und damit erkennbar sind, da der Käufer solche Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann (BGH, Urt. v. 02.02.1996 – V ZR 239/94, juris Rn. 17; Urt. v. 05.06.2012 – V ZR 198/11, juris Rn. 17).

Vorliegend bestand eine Aufklärungspflicht der Beklagten. Der vertraglich vereinbarte Verwendungszweck war, dass Fahrzeuge aufgezogen werden sollen. Dieser Vertragszweck wird dadurch vereitelt, dass mit dem Abschleppfahrzeug nur sehr wenige Fahrzeuge aufgezogen werden können (s. oben 1.1.2). Die Beklagte kam ihrer Aufklärungspflicht allein mit dem unstreitigen Hinweis, dass sie in ihrem Programm auch Fahrzeuge hat, bei denen die Ladefläche fast komplett abgesenkt werden kann, und dass man zwar fast alle Pkw befördern kann, aber je nach Beschaffenheit des abzuschleppenden Fahrzeuges der Ladekran verwendet werden müsse, nicht nach. Die Beklagte hätte vielmehr darauf hinweisen müssen, dass die überwiegende Anzahl von Pkw nicht aufgezogen werden kann. Unabhängig davon, dass die Klägerin bei Abschluss des Kaufvertrages das Abschleppfahrzeug unstreitig nicht besichtigen konnte, wäre der zu steile Auffahrwinkel auch nicht bei einer bloßen Besichtigung erkennbar gewesen; die Klägerin hätte vielmehr Auffahrversuche durchführen müssen. Solche Versuche erfordert jedoch die im eigenen Interesse gebotene Sorgfalt nicht.

1.4 Die Klägerin musste der Beklagten keine Frist zu einer – weiteren – Nacherfüllung setzen. Zutreffend ist zwar, dass der Rücktritt vom Kaufvertrag im Regelfall den erfolglosen Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung voraussetzt. Dies ergibt sich aus §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen (§§ 323 II, 440 BGB). Dies ist unter anderem der Fall, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages verschwiegen hat, da dann davon auszugehen ist, dass die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt ist (BGH, Urt. v. 08.12.2006 – V ZR 249/05, juris Rn. 12 f.).

1.5 Das Rücktrittsrecht der Klägerin ist nicht aufgrund der Genehmigungsfiktion des § 377 II HGB ausgeschlossen. Dahingestellt bleiben kann, ob die Klägerin nach der von der Beklagten durchgeführten Nachbesserung – der Versetzung des Hubzylinders – unverzüglich erneut das Abschleppfahrzeug untersucht und den verbliebenen Mangel wiederum unverzüglich gegenüber der Beklagten gerügt hat (vgl. BGH, Urt. v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, juris Rn. 20). Da die Beklagte den Mangel arglistig verschwiegen hat, kann sie sich nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen (§ 377 V HGB).

1.6 Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 53.550 € sowie des von der Klägerin für das Hubjoch und die Radklammern gezahlten Kaufpreises in Höhe von 3.000 € Zug um Zug gegen Herausgabe des Abschleppfahrzeuges nebst Hubjoch und Radklammern. Da die Klägerin unstreitig das Abschleppfahrzeug nicht genutzt hat, ist sie nicht zur Leistung von Wertersatz für gezogene Nutzungen verpflichtet. …

Soweit die Klägerin hinsichtlich der Rückerstattung des Kaufpreises für Hubjoch und Radklammern Zinsen ab 18.05.2013 geltend gemacht hat, war die Berufung zurückzuweisen.

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Feststellung, dass diese sich seit 18.05.2013 in Annahmeverzug befindet.

Gemäß § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt gemäß § 295 Satz 1 BGB dann, wenn eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dies ist vorliegend der Fall, da gemeinsamer Leistungsort für den Rücktritt gemäß §§ 437 Nr. 2, 440 BGB der Ort ist, an dem sich die Sache vertragsgemäß befindet (Palandt/*Grüneberg,* BGB, 75. Aufl. [2016], § 269 Rn. 16). Die Klägerin hat die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 06.05.2013 aufgefordert, das Fahrzeug bei der Klägerin bis zum 17.05.2013 abzuholen. Dies hat die Beklagte unstreitig nicht gemacht. Diese Aufforderung an die Beklagte, das Abschleppfahrzeug abzuholen, steht dem Angebot der Leistung gleich (§ 295 Satz 2 BGB). ...

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.