



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 94/00

Verkündet am:
7. Januar 2003
Potsch
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Januar 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Prof. Dr. Jestaedt und Scharen, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das am 21. Februar 2000 verkündete Urteil des 31. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Klage auf Zahlung von 155.000,- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 15. April 1997 abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage zu einem 3.691,40 DM übersteigenden Betrag verurteilt hat.

In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt nach erklärter Wandelung von dem Beklagten die Rückzahlung von Anzahlungen auf den Werklohn für die Herstellung eines Wohnmobils; der Beklagte beansprucht vom Kläger im Wege der Widerklage die Zahlung des noch offenen Restwerklohns und weiterer Beträge.

Aufgrund seines schriftlichen Angebots verpflichtete sich der Beklagte, ein Wohnmobil mit dem Basisfahrzeug M. samt Aufbau und Innenausbau zu einem Gesamtpreis von 228.293,39 DM herzustellen und zu liefern. Vor Beginn und während der Aufbau- und Innenausbauarbeiten erteilte der Beklagte drei Abschlagsrechnungen, auf die der Kläger insgesamt 155.000,- DM zahlte.

Am 11. November 1996 übergab der Beklagte das Wohnmobil dem Kläger, der es vom Technischen Überwachungsverein auf Mängel untersuchen ließ. Dabei wurde eine Reihe von Mängeln festgestellt, worauf der Kläger dem Beklagten das Wohnmobil am 13. November 1996 zur Beseitigung dieser Mängel wieder überließ. Nach Behebung von Mängeln forderte der Beklagte den Kläger zur Abnahme des Wohnmobils auf. Dieser verweigerte die Abnahme, weil das Fahrzeug zum bestimmungsgemäßen Gebrauch als Wohnmobil untauglich sei; es weise eine fehlerhafte Achslastverteilung auf und verfüge deshalb nicht über eine ausreichende Zuladungskapazität. Bei einer zugelassenen vorderen Achslast von 1.750 kg und einer tatsächlichen Vorderachslast von 1.740 kg bestehe keine Möglichkeit, einen Beifahrer mitzunehmen. Nachdem der Kläger mit Schreiben vom 18. März 1997 den Beklagten erfolglos zur Beseitigung dieses Mangels aufgefordert hatte, verlangte er mit Schreiben vom 26. März 1997 die Wandelung des Werkvertrages und Rückzahlung von Vorschüssen in Höhe von 175.000 DM.

Der Beklagte lehnte am 14. April 1997 die Rückabwicklung des Vertrages ab und verlangte von dem Kläger Zahlung des Restwerklohns von 73.293,39 DM, ferner Begleichung des Restwerklohns für Reparaturarbeiten an einem anderen Wohnmobil des Klägers in Höhe von 3.563,50 DM und des Restkaufpreises für drei Bürodrehstühle von 128,25 DM. Er hat die Auffassung

vertreten, der Kläger habe kein Wandelungsrecht. Das Gesamtgewicht des Wohnmobils betrage 4,16 t, so daß eine ausreichende Zuladekapazität von 440 kg bestehe. Infolge von nachträglichen Änderungswünschen des Klägers hätten sich gegenüber dem ursprünglichen Auftrag relevante Gewichtsveränderungen ergeben. Er habe den Kläger während des Ausbaus und auch im Zusammenhang mit den nachträglichen Änderungswünschen wiederholt auf die damit verbundenen Gewichtsprobleme hingewiesen und eine Garantie für die Einhaltung des zulässigen Gesamtgewichts ausgeschlossen. Der Kläger habe immer wieder betont, daß er das Wohnmobil nur als Zweitwohnung für seine Tätigkeit als Nachtwächter benötige und somit hauptsächlich als Standfahrzeug nutzen werde, weshalb das Gesamtgewicht für ihn von keiner allzu großen Bedeutung sei.

Der Kläger ist dem entgegengetreten. Er meint, als Restwerklohn sei allenfalls ein Betrag von 28.386,89 DM gerechtfertigt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 76.985,14 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe des Wohnmobils verurteilt. Die weitergehende Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen

Mit seiner Revision beantragt der Kläger,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung des Beklagten zurückzuweisen, soweit

- a) der Beklagte zur Zahlung von 155.000,- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 15. April 1997 verurteilt worden ist und
- b) die Widerklage wegen eines 3.691,40 DM übersteigenden Betrages abgewiesen worden ist.

Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache im Kostenpunkt und im Umfang der Anfechtung.

1. Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß die Parteien einen Werkvertrag über die Herstellung und Lieferung eines Wohnmobils entsprechend dem Angebot des Beklagten zu einem Preis von 228.293,39 DM geschlossen haben. Es hat angenommen, daß der Kläger auf den vereinbarten Werklohn Anzahlungen in Höhe von 155.000,- DM geleistet hat und daß die darüber hinaus gehenden Zahlungen von 20.000,- DM und 15.000,- DM nicht zum Ausgleich der streitigen Vergütung für das Wohnmobil, sondern auf andere offene Forderungen (Wohnmobilreparatur und Lieferung von Bürostühlen) gezahlt worden sind. Dies greift die Revision nicht an. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

2. Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß die zulässige Vorderachslast des Wohnmobils 1.750 kg und das Leergewicht der Vorderachse 1.728 kg betragen, so daß über der Vorderachse lediglich eine Zuladungsmöglichkeit von 22 kg besteht und deshalb in dem Wohnmobil nach den maßgeblichen Vorschriften (§ 42 Abs. 3 StVZO) eine Person auf dem Beifahrersitz nicht befördert werden kann. Darin hat das Berufungsgericht eine Abweichung von dem ursprünglich Vereinbarten gesehen und diese Abweichung als solche als Mangel eingeordnet. Rechtsfehler sind bei dieser ohnehin dem Tatrichter übertragenen Würdigung nicht zu erkennen.

3. Das Berufungsgericht hat sodann aber Wandelungs- und Schadensersatzansprüche verneint, weil der Mangel ausschließlich im Verantwortungsbereich des Klägers liege und dieser deshalb die Folgen zu tragen habe. Dazu hat es ausgeführt, nach der glaubhaften Aussage des Zeugen Mi. sei der Kläger von dem Beklagten sowohl vor als auch während der Herstellung des Wohnmobils auf die durch dessen Veränderungswünsche entstehenden Gewichtsprobleme hingewiesen worden. Der Kläger habe erklärt, daß er dieses Wohnmobil sowieso nur als "Standmobil" nutzen wolle; er habe betont, das Gewicht des Wohnmobils sei seine Sache, der Beklagte solle die gewünschten Zusatzeinbauten vornehmen. Selbst als der Kläger bei dem von einem Dritten vorgenommenen Einbau für die Batterien und Sonnenkollektoren auf eine mögliche Überschreitung des zulässigen Höchstgewichtes hingewiesen worden sei, habe er auf der Realisierung seiner Einbauwünsche bestanden und bei Nichtausführung mit der Verweigerung weiterer Zahlungen gedroht. Nach der glaubhaften Aussage des Zeugen H. sei der Kläger von dem Beklagten auf Probleme mit der Zuladung insbesondere bei Mitnahme seiner Frau in den Urlaub hingewiesen worden. Er habe daraufhin erklärt, dies sei für ihn nicht relevant, weil er mit wenig Wasser und Benzin fahren werde.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Mit Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, was Inhalt des Vertrages der Parteien sei. Der Kläger habe unter Beweisanspruch (Zeuge B.) vorgetragen, daß bei der Besprechung am 20. Oktober 1995 vereinbart worden sei, Solarmodule, Batterien und Spannungswandler gesondert zu installieren. Der Beklagte habe Gewichtsprobleme verneint. Von einer unzureichenden Zuladungsmöglichkeit sei keine Rede gewesen.

Wäre entsprechend diesem Vortrag des Klägers davon auszugehen, daß das Fahrzeug von vornherein mit den gewichtserhöhenden Aggregaten geplant worden ist, hätte sich der Beklagte vertraglich verpflichtet, das Wohnmobil so herzustellen, daß es trotz der geplanten Zuladungen für den gewöhnlichen oder den im Vertrag vorausgesetzten Gebrauch tauglich war. Dazu gehörte, daß der Kläger ohne Verstoß gegen die Vorschriften der StVZO in dem Wohnmobil einen Beifahrer mitnehmen konnte. Entsprach das Wohnmobil nicht den vertraglichen Anforderungen und war es deshalb mangelhaft, so hat nach den werkvertraglichen Regeln der Beklagte den Mangel zu vertreten.

b) Das Berufungsgericht hat zwar angenommen, daß das hergestellte Wohnmobil mangelhaft ist, weil infolge mangelnder Zulademöglichkeit ein Beifahrer nicht mitgenommen werden kann; es hat aber den Beklagten als Unternehmer von der Haftung freigestellt und den Kläger für verantwortlich gehalten, weil er den Mangel verursacht habe. Das Berufungsgericht hat dabei offen gelassen, wie die von den Zeugen Mi. und H. bekundeten Erklärungen des Klägers rechtlich zu werten sind, insbesondere ob darin eine Änderung des ursprünglichen Vertrages zu sehen sein könnte oder ob eine Mängel ausschließende (bindende) Anweisung des Klägers als Bestellers an den Beklagten als Unternehmer vorliegen könnte oder ob der Kläger auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen verzichtet hat.

aa) Auf die Möglichkeit einer Vertragsänderung ist das Berufungsgericht nicht eingegangen. Die von ihm getroffenen Feststellungen reichen für eine abschließende Beurteilung dieser Frage nicht aus.

bb) Ebenso wenig kann auf Grund der bisherigen Feststellungen angenommen werden, daß der Kläger über das ursprünglich Vereinbarte hinaus auf gewichtserhöhenden Einbauten bestanden und dem Beklagten entsprechende

bindende Anweisungen mit der Folge der Freistellung des Beklagten von Mängelansprüchen erteilt hat. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es zwar anerkannt, daß Anweisungen des Bestellers an den Unternehmer zu einer Risikoverlagerung auf den Besteller führen können. Dies wird aber nur dann anzunehmen sein, wenn es sich bei den Angaben des Bestellers zur Herstellung des Werkes um für den Unternehmer bindende Anordnungen handelt und nicht nur um die Äußerung bloßer Wünsche oder von Leistungsbeschreibungen, die dem Unternehmer durchaus noch die Wahl anderer Alternativen einräumen (BGH, Urt. v. 30. 6. 1977 – VII ZR 325/74, BauR 1977, 420, 421).

cc) Der festgestellte Sachverhalt rechtfertigt auch nicht die Annahme eines Verzichts des Klägers auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind an die Annahme eines solchen Verzichts strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 19. 6.1991 – VIII ZR 149/90, BGHR HGB § 377 – Verspätungseinwand 1; BGH, Urt. v. 26.11.1998 – VIII ZR 259/97). Da ein Verzicht auf Rechte im allgemeinen nicht zu vermuten ist, hat die Rechtsprechung eindeutige Anhaltspunkte verlangt, aus denen sich die Annahme eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichts ergeben. Dem Gläubiger darf kein Erlaß unterstellt werden, den er nicht wollte (BGH, Urt. v. 22.6.1995 – VII ZR 118/94, NJW-RR 1996, 2730; BGH, Urt. v. 15.7.1997 – VI ZR 142/95, BGHR BGB § 397 – Verzicht 1). Abgelehnt wurde die Annahme eines stillschweigenden Verzichts, wenn es sich um Rechte handelte, die dem Erklärenden unbekannt waren und mit deren Bestehen er nicht rechnete (BGH, Urt. v. 16.11.1993 – XI ZR 70/93, BGHR BGB § 397 – Disagio 1; BGH, Urt. v. 21.11.1996 – IX ZR 159/95, WM 1997, 330).

Einen dem genügenden Sachverhalt hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Aus der Aussage des Zeugen Mi. mag sich zwar ergeben, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, daß der Kläger von dem Zeugen anlässlich des

Gesprächs am 25. November 1995 auf Gewichtsprobleme hingewiesen worden ist, die durch Änderungswünsche des Klägers verursacht würden. Auch mag der Kläger auf einer Realisierung seiner Einbauwünsche bestanden, bei Nichtausführung mit der Verweigerung weiterer Zahlungen gedroht haben und, wie der Zeuge H. bekundet hat, auf den Hinweis, bei der Mitnahme seiner Frau in den Urlaub im Wohnmobil werde es wegen der Achslast zu Problemen kommen, geantwortet haben, er werde dann mit wenig Wasser und Benzin fahren. Daraus ergeben sich jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, der Kläger könne auf den festgestellten Mangel keinen Gewährleistungsanspruch stützen. Selbst wenn der Kläger, wie vom Berufungsgericht ausgeführt, gegenüber dem Zeugen Mi., dem Schwiegervater des Beklagten, auf der Freizeitmesse in A. einen Monat nach Abschluß des Vertrages oder auch bei späterer Gelegenheit gegenüber dem Beklagten geäußert hat, das Gewicht des Fahrzeuges solle seine Sorge sein, er habe sich lange mit den technischen Einzelheiten und auch den rechtlichen Vorschriften beschäftigt, um das Gewicht solle sich der Beklagte nicht kümmern, reicht dies für die Annahme eines eindeutigen Haftungsfreistellungswillens oder eines Verzichtswillens nicht aus. Aus diesen (vollmundigen) Erklärungen des Klägers ergibt sich nicht, daß der Kläger in Kenntnis des Mangels den Beklagten von seiner vertraglichen Pflicht entbinden wollte und entbunden hat, das Wohnmobil so herzustellen, daß es entsprechend seiner Konzeption mit den vertraglich vorgesehenen, gewicht erhöhenden Einbauten und mit Beifahrer im Straßenverkehr benutzt werden konnte.

4. Mit Erfolg rügt die Revision in diesem Zusammenhang auch, das Berufungsgericht habe den Beweisantritt des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2000, den Zeugen B. gegenbeweislich zu dem Zeugen Mi. zu vernehmen, verfahrensfehlerhaft als unsubstantiiert und als verspätet nach § 528 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Der Kläger hat sich in der ersten In-

stanz zum Beweis seiner Behauptung, bei Vertragsschluß sei vereinbart worden, daß Solarmodule, Batterien und Spannungsumwandler gesondert installiert werden sollten, Gewichtsprobleme seien von dem Beklagten stets ausdrücklich verneint worden, das Fahrzeug sei so ausgeführt worden, wie es zum Zeitpunkt der Auftragerteilung konzipiert worden sei, zusätzliche Einbauten seien nicht erfolgt, auf das Wissen des Zeugen B. bezogen. Auf diese Behauptungen hat der Kläger in der Berufungsinstanz Bezug genommen und erneut den Zeugen B. benannt. Damit hat er insoweit im Berufungsverfahren keine neuen Verteidigungsmittel vorgebracht. Darüber hinaus trifft den Kläger auch nicht der Vorwurf der groben Nachlässigkeit. In der Regel kann von einem Verschulden der Partei, die in erster Instanz obsiegt hat, nicht gesprochen werden, wenn sie die Rechtslage von Anfang an ebenso wie letztlich das Landgericht beurteilt und ihr Vorbringen entsprechend beschränkt hat (BGH, Urt. v. 28.10.1982 – III ZR 128/81, NJW 1983, 931, 932).

5. Das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb im Umfang der Anfechtung aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat. Dabei wird das Berufungsgericht zunächst feststellen müssen, was Inhalt des Vertrages über die Herstellung eines Wohnmobils gewesen ist. Sollte sich erweisen, daß die Parteien bei Vertragsschluß von der Zuladung von Solarmodulen, Batterien und Spannungsumwandler ausgingen und der Kläger deshalb bei den späteren

Gesprächen nur auf der vertragsgemäßen Erfüllung bestand, nicht aber zusätzliche gewichtserhebliche Änderungswünsche äußerte, wird das Berufungsgericht das Beweisergebnis neu zu bewerten haben. Falls es einen Gewährleistungsanspruch nach § 634 BGB als gegeben ansieht, wird das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, ob das festgestellte Verhalten des Klägers nach den Grundsätzen von Treu und Glauben oder unter dem Gesichtspunkt eines Mitverschuldens von rechtlicher Bedeutung ist.

Melullis

Jestaedt

Scharen

Mühlens

Meier-Beck