

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 633 Abs. 3, 459

Der Käufer, dem vertraglich ein Nachbesserungsanspruch als zunächst alleiniges Gewährleistungsrecht eingeräumt ist und der in entsprechender Anwendung von § 633 Abs. 3 BGB den Mangel auf Kosten des Verkäufers selbst beseitigen lassen kann, hat Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses in Höhe der voraussichtlichen Nachbesserungskosten. Dies gilt auch dann, wenn die Nachbesserung nur durch Lieferung einer Ersatzsache bewirkt werden kann.

BGH, Urteil vom 30. September 1992 - VIII ZR 193/91 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 193/91

Verkündet am:
30. September 1992
Kühn
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. B [REDACTED]-S [REDACTED] GmbH & Co. Vertriebs-KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Firma B [REDACTED]-[REDACTED]-S [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Werner H [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED], M [REDACTED],
2. B [REDACTED]-S [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Werner H [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED], M [REDACTED].

Beklagte und Revisionsklägerinnen,

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

g e g e n

Firma S [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Werner H [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED], A [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 1992 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Dr. Hübsch und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 3. Juli 1991 im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt wurde.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

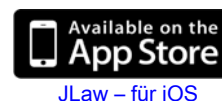
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die erstbeklagte Kommanditgesellschaft, deren Komplementärin die zweitbeklagte GmbH ist, führte für die N H B ein Großbauvorhaben in M-N durch. Hierfür lieferte die Klägerin der Beklagten zu 1



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



größere Mengen von Bauteilen, insbesondere Türen. In der Folgezeit kam es zum Streit zwischen den Parteien über die Abrechnung der Klägerin und die Qualität der gelieferten Bauteile. Die Klägerin hat vor dem Landgericht eine restliche Kaufpreisforderung von - zuletzt - 72.211,10 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt, die Abrechnung der Klägerin beanstandet und mit einer Reihe von Gegenforderungen der Beklagten zu 1 aufgrund angeblicher Mangelhaftigkeit der gelieferten Bauteile aufgerechnet. Schließlich haben die Beklagten mit der Behauptung, sämtliche 1441 von der Klägerin gelieferte Innentüren entsprächen nicht den vereinbarten Qualitätsanforderungen, sie seien unbrauchbar und müßten ausgetauscht werden, wofür Kosten in Höhe eines Vielfachen der etwa noch offenen Forderungen der Klägerin erforderlich seien, ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Das Landgericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 53.360,14 DM nebst Zinsen verurteilt.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt und im wesentlichen ihre Einwendungen gegen die Abrechnung der Klägerin wiederholt. Gegen eine etwa noch bestehende Restforderung haben sie nunmehr in erster Linie mit einem Kostenvorschußanspruch der Beklagten zu 1 in Höhe von 184.274 DM für das Auswechseln von 1440 angeblich mangelhaften Innentüren (eine Innentür hat die Klägerin unstreitig in der Zwischenzeit ausgewechselt) aufgerechnet. In zweiter Linie haben sie mit den bereits erstinstanzlich geltend gemachten Gegenforderungen aufgerechnet. Sie haben beantragt, das landgerichtliche Urteil aufzuheben und den

Rechtsstreit zwecks weiterer Aufklärung an das Landgericht zurückzuweisen, hilfsweise die Klage abzuweisen, weiter hilfsweise, sie, die Beklagten, zur Zahlung von 21.064,20 DM Zug um Zug gegen Auswechslung der verbliebenen 1440 mangelhaften Innentüren gegen mangelfreie Türen zu verurteilen. Die Klägerin hat Anschlußberufung mit dem Antrag eingelegt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung weiterer 18.019,84 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Berufungsgericht hat die Beklagten auf ihre Berufung als Gesamtschuldner zur Zahlung von nur noch 52.894,58 DM nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Berufung sowie die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen. Es hat eine restliche Kaufpreisforderung in Höhe der Urteilssumme festgestellt und dabei die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen weitgehend - insbesondere auch den Kostenvorschußanspruch für das Auswechseln der 1440 Innentüren - für unbegründet erklärt.

Mit der Revision greifen die Beklagten das Berufungsurteil nur insoweit an, als darin die zur Aufrechnung gestellte Kostenvorschußforderung für das Auswechseln der Innentüren verneint wurde. Sie beantragen, unter Aufhebung des ihnen ungünstigen Teils des Berufungsurteils nach ihren in der Berufungsverhandlung gestellten Anträgen zu erkennen, hilfsweise, die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. Die Annahme ihrer Anschlußrevision, mit der sie sich gegen die Herabsetzung des restlichen Kaufpreisanpruchs durch die Vorinstanz und dagegen wehren wollte, daß das Oberlandesgericht eine Gegenforderung der Beklagten

zu 1 von 4.164,62 DM für begründet angesehen hat, hat der erkennende Senat durch Beschluß vom 13. Juli 1992 gemäß § 554 b ZPO abgelehnt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, aus:

Nach § 651 Abs. 1 BGB sei auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien allein Kaufrecht anzuwenden. Ob die Türen die von den Beklagten behaupteten Mängel aufwiesen, könne offenbleiben. Die Nachlieferung mangelfreier Türen gemäß § 480 Abs. 1 Satz 1 BGB könnten die Beklagten nämlich deswegen nicht verlangen, weil die Klägerin in Nr. 8 ihrer Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen die Gewährleistungsansprüche der Beklagten zu 1 zunächst auf Nachbesserung und bei deren Fehlschlagen sowie einer Verweigerung der Ersatzlieferung seitens der Klägerin auf Wandelung oder Minderung beschränkt habe. Diese Klausel sei zum Vertragsinhalt geworden, gegen ihre Wirksamkeit bestünden keine Bedenken. Wandelung oder Minderung hätten die Beklagten jedoch nicht begehrt, sondern ausdrücklich die Zahlung eines Kostenvorschusses verlangt.

II. Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Die Annahme des Berufungsgerichts, zwischen den Parteien bestehe ein Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen, auf den gemäß § 651 Abs. 1 Satz 1 BGB Kaufrecht zur Anwendung kommt, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken; auch die Revision geht davon aus.

2. Nach dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Beklagten sind sämtliche 1441 von der Klägerin gelieferte Inventuren (mit Ausnahme einer inzwischen ausgetauschten Tür) mit gravierenden Mängeln behaftet. Das Berufungsgericht hat zu diesem Sachverhalt - von seinem Standpunkt aus konsequent - keine Feststellungen getroffen; er ist daher der rechtlichen Beurteilung im Revisionsverfahren zugrunde zu legen. Dann aber ergibt sich der von den Beklagten zur Aufrechnung gestellte Kostenvorschußanspruch aus einer entsprechenden Anwendung von § 633 Abs. 3 BGB:

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lagen den Vertragsbeziehungen der Parteien, soweit hier von Interesse, die Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin zugrunde. Die Revision macht sich dies ausdrücklich zu eigen.

Nr. 9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin lautet u.a.:

"Gewährleistung:

Der Käufer kann als Gewährleistung grundsätzlich zunächst nur Nachbesserung verlangen.

Der Verkäufer kann statt nachzubessern eine Ersatzsache liefern.

Der Käufer kann die Rückgängigmachung des Vertrages (Wandlung) oder Herabsetzung des Preises (Minderung) verlangen, wenn

- die Nachbesserung fehlschlägt,
- eine Ersatzlieferung verweigert oder nicht innerhalb einer sechswöchigen Frist nach fehlgeschlagener Nachbesserung erbracht wird; die Frist beginnt mit dem Tage des Eingangs der schriftlichen Inverzugssetzung ...".

Durch diese Klausel wird dem Käufer bei Mängeln der Kaufsache als zunächst alleiniger Rechtsbehelf ein Anspruch auf Nachbesserung gewährt, den der Verkäufer nach seiner Wahl auch durch Lieferung einer Ersatzsache erfüllen kann; die gesetzlichen Rechte des Käufers als Wandelung und Minderung leben erst bei Fehlschlagen der Nachbesserung oder Verweigerung der Ersatzlieferung wieder auf.

b) Gegen die Wirksamkeit der Klausel bestehen keine Bedenken. Die Beschränkung des Käufers auf den Nachbesserungsanspruch als zunächst alleinigen Rechtsbehelf entspricht § 11 Nr. 10 b AGBG. Die Kombination des Nachbesserungsanspruchs mit der Befugnis des Verkäufers, den Käufer durch Ersatzlieferung abzufinden, führt zu keinem anderen Ergebnis. Dem Käufer wird dadurch ein von vornherein durch die Ersetzungsbefugnis des Verkäufers modifizierter Nachbesserungsanspruch gewährt. Dies verstößt nicht gegen § 9 Abs. 1 AGBG. Bei der gebotenen generalisierenden Betrachtung ist eine unangemessene Benachteiligung des Käufers einer mangelhaften Sache nicht erkennbar, wenn ihm statt deren Nachbesserung eine gleichartige mangelfreie Ersatzsache geliefert wird. Normalerweise stellt dies aus der Sicht des

Käufers sogar die wirksamste Form der Fehlerbeseitigung dar.

c) Sind die Gewährleistungsrechte des Käufers zunächst auf Nachbesserung der mangelhaften Sache beschränkt, so ist nach der Rechtsprechung des Senats auch § 633 Abs. 3 BGB entsprechend anzuwenden; der Käufer braucht bei Fehlschlägen oder unberechtigter Verweigerung der Nachbesserung nicht auf seine dann wiederauflebenden gesetzlichen Gewährleistungsansprüche zurückzugreifen (Urteil vom 10. April 1991 - VIII ZR 131/90 = WM 1991, 1221, 1222 unter II 1 mit Anm. Reinking EWiR 1991, 555 und Schubert JR 1992, 63; zustimmend Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 5. Aufl. 1992, S. 178 bei Fn. 321). So ist es auch hier. Daß sich die Klägerin in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen - anders als in dem vom Senat im Urteil vom 10. April 1991 aaO entschiedenen Fall - bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache die Befugnis zur Ersatzlieferung vorbehalten hat, ändert entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nichts daran, daß sie in der gleichen Situation ihre Käufer auf den Nachbesserungsanspruch als zunächst ausschließlichen Rechtsbehelf verweist. Tut sie dies, dann muß sie sich hieran auch festhalten lassen (Senatsurteil vom 10. April 1991 aaO). Es wäre weder interessengerecht noch wird es vom Wortlaut der Klausel gefordert, daß der Verkäufer zwar die Vorteile der werkvertraglichen Regelung in Anspruch nehmen, dem Käufer aber die spezifisch werkvertragliche Möglichkeit ihrer Durchsetzung verweigern könnte.

d) Nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt ist die Klägerin mit der Nachbesserung in Verzug

geraten (§ 633 Abs. 3 BGB). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist anerkannt, daß der Nachbesserungsanspruch bis zur Neuherstellung der fehlerhaften Sache reichen kann, wenn die Mängel nur auf diese Weise nachhaltig zu beseitigen sind (BGHZ 96, 111, 116 ff). Die Beklagten haben vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß dies hinsichtlich der Innentüren der Fall ist.

Sie haben weiter unter Beweisantritt behauptet, die Klägerin wiederholt, insbesondere durch Einschreiben vom 3. Juli 1990, unter Fristsetzung zur Auswechselung der schadhaften Innentüren aufgefordert zu haben, was diese jedoch eindeutig und endgültig abgelehnt habe, zuletzt mit Schreiben vom 17. August 1990. Feststellungen zu diesem Sachverhalt hat das Berufungsgericht - konsequenterweise - ebenfalls nicht getroffen. Trifft er zu, so ist die Beklagte zu 1 nach § 633 Abs. 3 BGB berechtigt, die Innentüren auf Kosten der Klägerin selbst auszuwechseln.

e) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der nach § 633 Abs. 3 BGB nachbesserungsberechtigte Besteller von dem Unternehmer die Zahlung eines Vorschusses in Höhe der voraussichtlichen Kosten der Nachbesserung verlangen (BGHZ 68, 372, 378; 94, 330, 334; Urteil vom 24. November 1988 - VII ZR 112/88 = WM 1989, 648, 649 unter 2 a - jeweils m.Nachw.). Es ist kein Grund ersichtlich, diesen Anspruch nicht auch dem Käufer zu gewähren, der in entsprechender Anwendung des § 633 Abs. 3 BGB zur Nachbesserung der mangelhaften Kaufsache auf Kosten des Verkäufers berechtigt ist (so bereits BGH, Urteil vom 3. November 1989 - V ZR 57/88 = WM 1990, 640 unter II 1). Schließlich beste-

hen auch keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, daß der Käufer diesen Vorschußanspruch - trotz der Zweckgebundenheit und Abrechnungsbedürftigkeit des Vorschusses - gegen restliche Kaufpreisforderungen des Verkäufers zur Aufrechnung stellt (vgl. für den Werkvertrag BGHZ 54, 244, 246-248; BGH, Urteil vom 8. Dezember 1988 - VII ZR 139/87 = WM 1989, 418, 419 unter I 2 a). Hier haben die Beklagten behauptet und unter Beweis gestellt, daß die voraussichtlichen Kosten für den Austausch der Türen die Klagforderung bei weitem übersteigen.

III. Da somit das Berufungsurteil von der bisherigen Begründung nicht getragen wird, war es aufzuheben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur Nachholung der gemäß Nr. II noch erforderlichen Feststellungen zurückzuverweisen. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen, die vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch

Wiechers