BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 215/10

Verkündet am:
13. Juli 2011
Vorusso,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 323 Abs. 2 Nr. 3, § 474 Abs. 1 Satz 1, § 475 Abs. 1 Satz 1

a) Der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH an einen Verbraucher fällt, auch soweit es sich um branchenfremde Nebengeschäfte handelt, im Zweifel unter die Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB zum Verbrauchsgüterkauf (im Anschluss an BGH, Urteil vom 9. Dezember 2008 - XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126, zum Verbraucherdarlehensvertrag).

b) Beim Verbrauchsgüterkauf ist bei einem behebbaren Sachmangel eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Vertrag auch im Falle eines - unwirksamen - formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses nicht entbehrlich (Aufgabe des Senatsurteils vom 15. November 2006 - VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31 Rn. 44).

BGH, Urteil vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 215/10 - OLG Frankfurt in Darmstadt
LG Darmstadt

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. Juli 2010 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 15. Oktober 2007 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Ehemann der Klägerin (im Folgenden: Zedent) kaufte am 29. Dezember 2006 von der Beklagten unter Ausschluss jeglicher Gewährleistungsrechte einen gebrauchten, sieben Jahre alten Pkw Renault Espace zum Preis von 7.540 €. Das Fahrzeug wurde am selben Tag bezahlt und übergeben. Mit Anwaltsschreiben vom 10. Januar 2007 erklärte der Zedent die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung mit der Begründung, die Beklagte habe ein Klappergeräusch im Motorbereich verschwiegen. Die Beklagte erwiderte mit Anwaltsschreiben vom 18. Januar 2007, das Fahrzeug sei zum Zeitpunkt der

Übergabe mangelfrei gewesen, wies die Anfechtung zurück und lehnte eine Rückabwicklung ab.

2 Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin aus abgetretenem Recht des Zedenten Zahlung von 7.540 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs sowie Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagte - unter Abzug von Nutzungswertersatz in Höhe von 118 € - zur Zahlung von 7.422 € nebst Zinsen verurteilt und dem Feststellungsantrag entsprochen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision hat Erfolg.

I.

4 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

5 Anhaltspunkte für eine Rückabwicklung des Vertrages nach § 812 BGB lägen nicht vor. Der Kaufvertrag sei nicht wegen der vom Zedenten erklärten Anfechtung von Anfang an unwirksam. Denn der Nachweis eines arglistigen Verhaltens des Geschäftsführers der Beklagten sei der Klägerin nicht gelungen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

6 Die Klägerin habe aber gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gemäß §§ 437, 440, 323 BGB. Ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen B. stehe mit hinreichender Sicherheit fest, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft im Sinne des § 434 BGB gewesen sei. Der Sachverständige habe zwar festgestellt, dass sich sowohl das Motorgeräusch als auch das Schleifgeräusch in der Kurvenfahrt nicht auf mechanische Ursachen zurückführen ließen, sondern Verschleißerscheinungen darstellten. Hierbei handele es sich aber nicht um übliche Verschleißerscheinungen, mit denen ein durchschnittlicher Käufer rechnen müsse. Es handele sich auch nicht um einen unerheblichen Mangel.

7 Der vereinbarte Gewährleistungsausschluss sei gemäß § 475 BGB unwirksam, weil ein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 BGB vorliege. Der Zedent sei unzweifelhaft Verbraucher im Sinne des § 13 BGB. Auch sei die Beklagte Unternehmer im Sinne des § 14 BGB. Für sie als eine im Handelsregister eingetragene juristische Person gehöre grundsätzlich alles zur gewerblichen Tätigkeit, also auch - wie hier - ein branchenfremdes Nebengeschäft. Wollte man nach dem Geschäftszweck im engeren Sinn abgrenzen, wären die §§ 474 ff. BGB nur auf gewerbliche Verkäufer anwendbar. Schon der regelmäßige Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen durch eine Leasing- oder Mietwagenfirma fiele dann nicht darunter. Das würde den Schutzzweck des § 474 BGB zu sehr einschränken. Für eine umfassendere Anwendung spreche auch der Vergleich mit § 491 BGB, der den Verbraucherdarlehensvertrag regele. Nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur könne Darlehensgeber im Sinne von § 491 Abs. 1 BGB auch ein Unternehmer sein, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe beziehe.

8 Zwar habe es der Zedent unterlassen, der Beklagten vor der Erklärung des Rücktritts eine Frist zur Nacherfüllung einzuräumen. Eine Fristsetzung sei

hier aber nach § 323 Abs. 1 Nr. 1 BGB entbehrlich gewesen, weil die Beklagte die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert habe. Es komme nicht auf die zwischen den Parteien streitige Frage an, ob der Geschäftsführer der Beklagten bereits im ersten Telefonat eine Nacherfüllung abgelehnt habe. Auch könne dahinstehen, ob in dem Anfechtungsschreiben vom 10. Januar 2007 eine Rücktrittserklärung enthalten gewesen sei. Jedenfalls sei die Geltendmachung des Rücktritts durch die Klageerhebung erfolgt, mit der die Rückabwicklung der Leistungen Zug um Zug verlangt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt habe die Beklagte eine Nacherfüllung bereits ernsthaft und eindeutig abgelehnt, indem sie im Schreiben vom 18. Januar 2007 die Mangelhaftigkeit der Sache bestritten und eine Rückabwicklung verweigert habe. Auch das Verhalten der Beklagten während des Rechtsstreits zeige, dass sie sich auf eine Nacherfüllung nicht eingelassen hätte, da sie sowohl tatsächlich als auch rechtlich ihre Verantwortlichkeit bestreite.

II.

9 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags vom 29. Dezember 2006.

10 Im Revisionsverfahren ist aufgrund der rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht mehr im Streit, dass die vom Zedenten erklärte Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung nicht durchgreift und damit ein Anspruch der Klägerin auf eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gemäß §§ 812 ff. BGB ausscheidet. Der Klägerin steht aber, anders als das Berufungsgericht meint, auch ein vertraglicher Rückabwicklungsanspruch

wegen eines Sachmangels des gekauften Fahrzeugs (§ 346 i.V.m. §§ 437, 440, 323 BGB) nicht zu.

11 1. Allerdings rügt die Revision ohne Erfolg, das Berufungsgericht hätte der Klage unter dem Gesichtspunkt der vertraglichen Sachmangelgewährleistung schon deshalb nicht stattgeben dürfen, weil der Klägerin ein daraus etwa herzuleitender Rückabwicklungsanspruch bereits durch das Urteil des Landgerichts rechtskräftig aberkannt worden sei. Das trifft nicht zu.

12 a) Das Landgericht hat mit Recht in der Anfechtungserklärung des Zedenten zugleich eine Rücktrittserklärung gesehen (vgl. Senatsurteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 182/08, NJW 2010, 2503 Rn. 15 f.) und folgerichtig den von der Klägerin geltend gemachten Rückabwicklungsanspruch sowohl unter dem Gesichtspunkt einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wegen arglistiger Täuschung als auch einer vertraglichen Rückabwicklung wegen eines Sachmangels geprüft. Es hat die Voraussetzungen beider Anspruchsgrundlagen verneint. Dagegen hat die Klägerin unter Wiederholung ihrer erstinstanzlichen Anträge uneingeschränkt Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht war deshalb prozessual nicht daran gehindert, der Klage im Hinblick auf einen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch aus §§ 437, 440, 323, 346 BGB stattzugeben.

13 b) Der Umstand, dass die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung nur die Beweiswürdigung des Landgerichts zur Frage der arglistigen Täuschung beanstandet hat, nicht aber die Ausführungen des Landgerichts zum vertraglichen Rückabwicklungsanspruch wegen eines Sachmangels, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

14 Das Berufungsgericht ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, den vorgetragenen Sachverhalt im Hinblick auf alle für den geltend gemachten Kla-

geanspruch in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu beurteilen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 520 Abs. 3 ZPO. Die in dieser Bestimmung vorgeschriebene Angabe der Berufungsgründe ist nur Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels, hat aber keine Beschränkung des Prüfungsumfangs des Berufungsgerichts auf die in der Berufungsbegründung angeführten Beanstandungen zur Folge. So kann und muss das Berufungsgericht konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 ZPO) berücksichtigen, die ihre Grundlage im erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien haben, auch wenn das Übergehen dieses Vortrags vom Berufungskläger nicht zum Gegenstand einer Berufungsrüge gemacht worden ist (BGH, Urteil vom 12. März 2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269, 278 f.). Erst recht gilt dies für die materiell-rechtliche Beurteilung des Klageanspruchs in der Berufungsinstanz. Sie unterliegt auch in der Berufungsinstanz keinen Einschränkungen und ist nicht auf die in der Berufungsbegründung angeführten rechtlichen Gesichtspunkte beschränkt (§ 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

15 Deshalb stellt auch der Hinweis des Berufungsgerichts an die Parteien, dass die Beklagte Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB sei, entgegen der Auffassung der Revision keinen Verfahrensverstoß dar. Mit diesem materiell-rechtlichen Hinweis hat das Berufungsgericht lediglich in zulässiger Weise zu erkennen gegeben, dass ein Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) vorliegen könne und damit ein vertraglicher Rückabwicklungsanspruch wegen eines Sachmangels in Betracht komme. Bei der Frage, ob der vorgetragene Sachverhalt einen bereicherungsrechtlichen oder einen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch rechtfertigt, geht es, anders als die Revision meint, nicht um verschiedene Streitgegenstände, sondern lediglich um unterschiedliche Anspruchsgrundlagen für das Klagebegehren aufgrund des von der Klägerin vorgetragenen einheitlichen Lebenssachverhalts.

16 2. Vergeblich beanstandet die Revision auch, dass das Berufungsgericht den vereinbarten Gewährleistungsausschluss gemäß § 475 BGB für unwirksam gehalten hat. Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich bei dem Kaufvertrag vom 29. Dezember 2006 um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 BGB, bei dem der Beklagten als Unternehmer die Berufung auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss verwehrt ist (§ 475 Abs. 1 Satz 1 BGB).

17 Die Revision stellt nicht in Frage, dass der Zedent bei Abschluss des Vertrages Verbraucher war (§ 13 BGB), und bezweifelt auch nicht, dass die Beklagte als juristische Person nicht Verbraucher sein kann (§ 13 BGB), sondern als GmbH eine Handelsgesellschaft ist, die ein Handelsgewerbe betreibt (§ 13 Abs. 1 GmbHG, §§ 5, 6 Abs. 1 HGB). Sie meint aber, dass die Beklagte den vorliegenden Kaufvertrag nicht, wie es § 14 Abs. 1 BGB für den Unternehmer voraussetzt, "in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit" geschlossen habe, weil der Geschäftszweck der Beklagten nur die Herstellung und Veräußerung von Druckerzeugnissen umfasse, nicht aber den Verkauf eines gebrauchten Pkw. Damit dringt die Revision nicht durch.

18 a) Der Bundesgerichtshof hat für den Verbraucherdarlehensvertrag bereits entschieden, dass Darlehensgeber im Sinne des § 491 BGB auch ein Unternehmer sein kann, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe bezieht. Notwendig ist nur, dass er bei Abschluss des Darlehensvertrages in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Bei Kaufleuten wie einer GmbH streitet gemäß §§ 343, 344 HGB eine Vermutung für einen unmittelbaren Bezug des Darlehensvertrags zur gewerblichen Tätigkeit des Darlehensgebers (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2008 - XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126 Rn. 14 ff., 22).

19 b) Für den Verbrauchsgüterkauf gilt nichts anderes. Auch der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH an einen Verbraucher gehört im Zweifel zum Betrieb des Handelsgewerbes der GmbH (§ 344 Abs. 1 HGB) und fällt damit, auch soweit es sich um branchenfremde Nebengeschäfte handelt, unter die Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB für den Verbrauchsgüterkauf, sofern die gesetzliche Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht widerlegt ist. Die Anwendung der §§ 343, 344 HGB bei der Prüfung, ob bei Kaufleuten ein Unternehmergeschäft im Sinne der §§ 14, 474 BGB vorliegt, entspricht nicht nur der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verbraucherdarlehensvertrag, sondern auch der ganz einhelligen Auffassung im Schrifttum (MünchKommBGB/Micklitz, 5. Aufl., § 14 Rn. 16 ff.; Soergel/Pfeiffer, BGB, 13. Aufl., § 13 Rn. 36, § 14 Rn. 10; Soergel/Wertenbruch, aaO, § 474 Rn. 23 und 34 mit einer - hier nicht einschlägigen - Einschränkung; Staudinger/Habermann, BGB, Neubearb. 2004, § 14 Rn. 35; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 474 Rn. 15; Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch, BGB, 2. Aufl., § 14 Rn. 8; Palandt/Heinrichs, BGB, 70. Aufl., § 14 Rn. 2; Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 14 Rn. 8 ff., 11).

20 Die von der Revision für den Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen durch eine Handelsgesellschaft geforderte Beschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 474 ff. BGB auf professionelle Verkäufer, das heißt den engeren Kreis gewerblicher Kraftfahrzeughändler, ist abzulehnen (ebenso MünchKommBGB/S. Lorenz, aaO, § 474 Rn. 21; Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 474 Rn. 12 aE; aA Brüggemeier, WM 2002, 1376, 1385). Sie findet in der gesetzlichen Regelung keine Stütze und liefe auch dem weiten Schutzzweck der §§ 474 ff. BGB zuwider, bei denen es auf die Schutzbedürftigkeit des Käufers und nicht auf die des Verkäufers ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 2008 - XI ZR 513/07, aaO Rn. 18 f. zum Verbraucherdarlehensvertrag).

21 c) Das Berufungsgericht ist auf dieser Grundlage rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte beim Abschluss des Kaufvertrags vom 29. Dezember 2006 als Unternehmer im Sinne der §§ 14, 474 BGB gehandelt hat. Feststellungen, aufgrund derer die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB als widerlegt anzusehen wäre, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Dagegen bringt die Revision nichts vor. Es kann dahingestellt bleiben, ob Verkaufsgeschäfte einer GmbH überhaupt außerhalb der gewerblichen Tätigkeit der ein Handelsgewerbe betreibenden GmbH liegen können. Die Revision jedenfalls vermag keinen vom Berufungsgericht etwa übergangenen Sachvortrag aufzuzeigen, aufgrund dessen der Verkauf des Kraftfahrzeugs an die Klägerin - entgegen der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB - nicht zum Betrieb des Handelsgewerbes der Beklagten gehören sollte.

22 2. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei den Klappergeräuschen im Motorbereich, wie das Berufungsgericht angenommen hat, um nicht übliche Verschleißerscheinungen handelt, die einen Mangel darstellen, der so erheblich ist, dass der Rücktritt nicht gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen wäre. Unabhängig davon ist der Zedent nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten.

23 Ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels könnte dem Zedenten, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nur unter den Voraussetzungen der §§ 440, 323 BGB zustehen, also wenn der Zedent der Beklagten erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hätte (§ 323 Abs. 1 BGB) oder eine solche Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 oder § 440 BGB entbehrlich gewesen wäre (st. Rspr.; Senatsurteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 10 mwN). Diese Voraussetzungen für den Rücktritt sind hier nicht erfüllt. Der Zedent hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt, auch im Laufe des

Rechtsstreits nicht, zur Nacherfüllung aufgefordert. Ein solche Aufforderung war nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagte, wie das Berufungsgericht angenommen hat, eine Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hätte (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision ist auch aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht herzuleiten, dass der Kläger der Obliegenheit, der Beklagten Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, enthoben gewesen wäre.

24 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind an das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung im Sinne des § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB strenge Anforderungen zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung liegt nur vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen. Dafür reicht das bloße Bestreiten des Mangels oder des Klageanspruchs nicht aus. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen will und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung hätte umstimmen lassen (Senatsurteil vom 21. Dezember 2005 - VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 25 mwN).

25 Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Sie liegen nach dem unstreitigen Sachverhalt auch nicht vor. Auch die Revisionserwiderung des Klägers zeigt keinen vorinstanzlichen Sachvortrag auf, aus dem sich eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung seitens der Beklagten herleiten ließe.

26 aa) Hinsichtlich des Telefonats, das die Parteien Anfang Januar 2007 geführt haben, bevor der Zedent mit Schreiben vom 10. Januar 2007 die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung erklärte, hat das Beru-

fungsgericht offen gelassen, ob der Geschäftsführer der Beklagten eine Nacherfüllung abgelehnt hat. Aus dem insoweit unstreitigen Sachverhalt ergibt sich, dass die Beklagte in diesem Telefonat eine Nacherfüllung nicht verweigert hat. Für die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung reicht es nicht aus, dass der Geschäftsführer der Beklagten in diesem Telefonat - von sich aus - angeboten hat, sich aus Kulanz an den Kosten einer etwaigen Mangelbeseitigung beteiligen zu wollen. In diesem Angebot ist schon deshalb keine Verweigerung der Nacherfüllung zu sehen, weil der Zedent den Geschäftsführer der Beklagten in diesem Telefonat nicht aufgefordert hat, den beanstandeten Mangel zu beseitigen, sondern stattdessen Rückabwicklung des Vertrages verlangt hat. Letzteres hat die Beklagte mit Recht abgelehnt. Denn dem Zedenten stand ein Rücktrittsrecht im Zeitpunkt des Telefonats aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nicht zu.

27 bb) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aus dem Schreiben der Beklagten vom 18. Januar 2007 eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung hergeleitet. Dass die Beklagte in diesem Schreiben den Mangel bestritt, reicht, wie ausgeführt, nicht aus, um eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung anzunehmen, zumal die Beklagte auch in dem vorangegangenen Anfechtungsschreiben des Zedenten nicht zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden war. Eine Verweigerung der Nacherfüllung liegt auch nicht darin, dass die Beklagte in ihrem Schreiben - ebenso wie in dem vorangegangenen Telefonat - eine Rückabwicklung des Vertrages ablehnte. Denn dazu war sie weiterhin berechtigt, weil dem Zedenten auch zu diesem Zeitpunkt ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag nicht zustand.

28 cc) Es ist nicht Angelegenheit des Verkäufers, vom Käufer eine Gelegenheit zur Nacherfüllung zu erbitten, sondern eine Obliegenheit des Käufers, vom Verkäufer Nacherfüllung zu verlangen (Senatsurteil vom 10. März 2010

- VIII ZR 310/08, aaO Rn. 12 mwN). Das hat der Zedent versäumt. Damit bestand auch im Zeitpunkt der Klageerhebung, in der das Berufungsgericht den Rücktritt gesehen hat, kein Rücktrittsrecht des Zedenten. Daran hat sich im Laufe des Rechtsstreits nichts geändert. Zur Nacherfüllung ist die Beklagte auch nicht aufgefordert worden, nachdem sie im zweiten Rechtszug ausdrücklich (auch) gerügt hatte, dass ihr vom Zedenten keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden sei.

29 b) Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 15. November 2006 (VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31) die Auffassung vertreten, einer Aufforderung zur Nacherfüllung seitens des Klägers habe es nicht bedurft, weil es sich bei dem im Vertrag enthaltenen Gewährleistungsausschluss um eine von der Beklagten verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung handele und deshalb der Grundsatz Anwendung finde, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen könne. Damit dringt die Revision nicht durch.

30 aa) Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gewährleistungsausschluss im vorliegenden Fall individualvertraglich vereinbart wurde oder ob es sich um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. § 475 Abs. 1 BGB differenziert nicht zwischen Individualvereinbarungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf zieht in beiden Fällen nur die Rechtsfolge nach sich, dass sich der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher auf den Gewährleistungsausschluss nicht berufen kann (§ 475 Abs. 1 BGB), führt aber nicht ohne Weiteres dazu, dass der Verbraucher mindern, zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen könnte, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben. Eine so weitgehende Rechtsfolge lässt sich aus der gesetzlichen Regelung nicht ableiten. § 475

Abs. 1 BGB macht zwar den Weg dafür frei, dass der Verbraucher die ihm wegen eines Mangels gesetzlich zustehenden Rechte geltend machen kann, entbindet den Verbraucher aber nicht davon, die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Rechte zu erfüllen.

31 Die Grundsätze des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Sanktion für die Verwendung unwirksamer Formularklauseln besteht darin, dass sich der Verwender mit der für ihn ungünstigeren Regelung des dispositiven Gesetzesrechts begnügen muss, die der ersatzlose Wegfall der unzulässigen Klausel zur Folge hat, geht aber nicht so weit, dass dem Verwender die Berufung auf das dispositive Gesetzesrecht verwehrt wäre (Senatsurteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 177/09, BGHZ 185, 114 Rn. 23). Die Beklagte ist deshalb auch dann, wenn es sich bei dem vereinbarten Gewährleistungsausschluss um eine Formularklausel handeln sollte, nicht daran gehindert, sich darauf zu berufen, dass der Kläger dem gesetzlichen Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht nachgekommen ist. Ob es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise nicht bedarf, ist nicht aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen herzuleiten, sondern richtet sich nach den Bestimmungen in § 323 Abs. 2 und § 440 BGB, in denen die Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise entbehrlich ist, abschließend geregelt sind.

32 bb) Das Vorbringen der Revision, dass es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bei einem formularmäßigen Gewährleistungsausschluss in einem Verbrauchsgüterkaufvertrag generell nicht bedürfe, zielt auf eine Anwendung des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Nach dieser Bestimmung ist eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

Derartige Umstände sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden und werden auch von der Revision nicht aufgezeigt.

33 Die Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB sind nicht, wie die Revision meint, bereits dann erfüllt, wenn in einem Verbrauchsgüterkaufvertrag ein formularmäßiger Gewährleistungsausschluss enthalten ist, auf den sich der Unternehmer gemäß § 475 Abs. 1 BGB nicht berufen kann. Der Senat hat zwar in dem von der Revision angeführten Urteil, ohne auf die Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ausdrücklich Bezug zu nehmen, eine Fristsetzung zur Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf im Falle eines formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses für entbehrlich gehalten (Senatsurteil vom 15. November 2006 - VIII ZR 3/06, aaO Rn. 44). Daran hält er jedoch nicht fest. Die vom Senat zur Begründung angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann (Senatsurteil vom 5. April 2006 - VIII ZR 152/05, NJW 2006, 2115 Rn. 19 mwN), betrifft andere Fallgestaltungen, aus denen sich nicht ableiten lässt, dass beim Verbrauchsgüterkauf im Falle eines formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses das Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt des Verbrauchers vom Vertrag nicht eingehalten werden müsste.

34 Der Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann, soll verhindern, dass der Klauselgegner durch die Unwirksamkeit der Klausel schlechter gestellt wird, als er im Falle ihrer Wirksamkeit stünde (Senatsurteil vom 5. April 2006 - VIII ZR 152/05, aaO; vgl. auch die dort zitierte Rechtsprechung: BGH, Urteile vom 4. Dezember 1997 - VII ZR 187/96, NJW-RR 1998, 594 unter III 2b, und vom 13. Oktober 2004 - I ZR 249/01, NJW-RR 2005, 34 unter III). Eine solche Schlechterstellung des Verbrauchers liegt in den Fällen des § 475 Abs. 1 BGB nicht vor. Der Ver-

braucher wird dadurch, dass ihm aufgrund der Regelung des § 475 Abs. 1 BGB das gesetzliche Rücktrittsrecht bei einem Sachmangel - unter den dafür geltenden Voraussetzungen - zusteht, nicht schlechter, sondern besser gestellt, als er stünde, wenn der Gewährleistungsausschluss durchgreifen würde. § 475 Abs. 1 BGB bezweckt gerade, dem Verbraucher die gesetzlichen Mängelrechte und -ansprüche zu verschaffen, die dem Verbraucher nicht zustünden, wenn sich der Unternehmer auf den Gewährleistungsausschluss berufen könnte. Aus dem Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann, lässt sich deshalb nicht herleiten, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag entbehrlich wäre, wenn bei einem Verbrauchsgüterkauf formularmäßig ein Gewährleistungsausschluss vereinbart worden ist.

III.

35 Das Berufungsurteil kann aus den dargelegten Gründen keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, weil weitere Feststellungen nicht zu treffen sind (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da der Klägerin der ihr vom Berufungsgericht zuerkannte Anspruch aus §§ 434, 437, 440, 323, 346 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrags vom 29. Dezember 2006, wie ausgeführt, nicht zusteht, ist die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts zurückzuweisen.

Ball Dr. Frellesen Dr. Milger

Dr. Fetzer Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 15.10.2007 - 1 O 95/07 -
OLG Frankfurt in Darmstadt, Entscheidung vom 22.07.2010 - 22 U 232/07 -