

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 262/92

Verkündet am:
2. Februar 1994
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Siegfried R., B. Ring, B.,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

A., T., Inhaber Wilhelm T., N., L.,
M.-R.

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1994 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Groß und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden die Urteile des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 20. November 1992 und der 14. Zivilkammer des Landgerichts Münster vom 17. April 1991 geändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Renault Leasing GmbH & Co. oHG, Aachener Straße 186, Köln, 76.285 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. April 1990 Zug um Zug gegen Übergabe des Pkw Renault Alpine V 6 Turbo, Fahrgestell-Nr. VFAD 50 2050036605, polizeiliches Kennzeichen MS-DP 305, zu zahlen.

Es wird festgestellt, daß der Beklagte sich mit der Rücknahme des vorbezeichneten Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet.

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger bestellte am 21. Juni 1989 beim Beklagten einen Ende März 1990 oder auf Abruf zu liefernden Renault Alpine zum Preise von 80.300 DM und schloß am 24. März 1990 mit der R██████ L██████ GmbH & Co. oHG einen Leasingvertrag über das Fahrzeug. Die Leasinggeberin trat ihm unter Ausschluß ihrer mietrechtlichen Gewährleistung die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Beklagten ab. Zu letzteren ist in den - Inhalt des Kaufvertrages gewordenen - Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten unter Nr. VII Abs. 2 bestimmt:

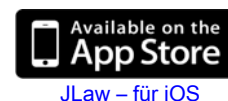
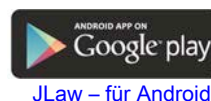
"Grundsätzlich kann der Käufer zunächst nur Nachbesserung verlangen. Die gesetzlichen Gewährleistungsrechte kann er nur in den in Ziff. 5 der Garantiebedingungen genannten Fällen in Anspruch nehmen".

Diese Nr. 5 der auf der Rückseite des AGB-Vordrucks wiedergegebenen Garantiebedingungen lautet:

"Wenn es unmöglich ist, den Fehler zu beheben, oder wenn mehrere Versuche, ihn zu beheben, ohne Erfolg geblieben sind und wenn dem Besitzer nicht zugemutet werden kann, weitere Reparaturversuche hinzunehmen, so kann der Fahrzeugbesitzer nach seiner Wahl Kaufpreis-Herabsetzung oder Rückgängigmachung des Kaufvertrages verlangen".



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



Gleichfalls am 24. März 1990 wurde dem Kläger das kurz zuvor vom Hersteller gelieferte Fahrzeug übergeben. Bereits im April 1990 zeigten sich daran erste Mängel, die vom Beklagten behoben wurden.

Durch Anwaltsschreiben vom 23. Mai 1990 verlangte der Kläger Wandelung. Der Beklagte lehnte dies ab. Daraufhin hat der Kläger mit der am 15. September 1990 erhobenen Klage vom Beklagten - unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung für 5.000 gefahrene Kilometer in Höhe von 4.015 DM - Rückzahlung von 76.285 DM an die Leasinggeberin nebst 4 % Zinsen seit dem 1. April 1990 Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs beansprucht und die Feststellung begehrt, daß sich der Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde. Er hat vorgebracht, nach der Mängelbeseitigung durch den Beklagten im April 1990 seien erneut - im einzelnen dargelegte - Fehler an dem Fahrzeug aufgetreten.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die Klage abgewiesen, weil die vom Sachverständigen festgestellten Mängel behebbar seien, dem Beklagten noch keine Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben worden sei und der Kläger sich daher auf die in Nr. VII Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten vereinbarte vorrangige Nachbesserung verweisen lassen müsse.

Nachdem der Kläger hiergegen Berufung eingelegt hatte, hat sich das Fahrzeug vom 4. bis 24. Juni 1990 und erneut vom 11. September bis 16. oder 18. Oktober 1990 in Reparatur befunden. Danach waren zunächst die bis dahin in der Berufungsinstanz noch beanstandeten Fehler benoben. In der

mündlichen Verhandlung vom 26. November 1991 rügte der Kläger sodann erneut acht - teilweise wieder aufgetretene und im übrigen neue - Mängel, u.a. daß der Motor mehrfach ausgegangen sei. Das Berufungsgericht ließ ein Sachverständigengutachten erstatten, worauf der Kläger das Fahrzeug im April 1992 wiederum zur Reparatur gab. Dabei wurden einige Mängel behoben. Der Kläger rügte aber weiterhin, daß der Motor des Fahrzeugs, das am 9. Oktober 1992 einen Kilometerstand von 25.893 aufwies, nach wie vor beim Bremsen oder Auskuppeln ausgehe und sich Mängel am Tachometer zeigten. Das Berufungsgericht hat hierüber Beweis erhoben und danach die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein zweitinstanzliches Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, ein Wandelungsanspruch stehe dem Kläger nicht zu. Zwar habe die Beweisaufnahme ergeben, daß - vornehmlich bei höheren Betriebstemperaturen - der Motor des Fahrzeuges beim Bremsen ausgehe und daher ein wesentlicher Mangel im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB vorliege. Nach Nr. VII Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten habe der Kläger aber zunächst nur einen Anspruch auf Nachbesserung. Diese Klausel und die darin in Bezug genommene Nr. 5 der Garantiebedin-

gungen hielten der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz stand. Die in Nr. 5 der Garantiebedingungen geregelten Voraussetzungen, unter denen der Käufer auf ein Wandelungsrecht zurückgreifen dürfe, seien nicht erfüllt. Der Mangel des Motors sei behebbbar. Dem Kläger könne auch noch ein letzter Nachbesserungsversuch zugemutet werden.

II. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Nr. VII Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten und Nr. 5 der Garantiebedingungen vermögen die angegriffene Entscheidung nicht zu tragen. Sie sind, was die Revision zutreffend geltend macht, unangemessen im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG und daher unwirksam.

a) Nach der für den nichtkaufmännischen Verkehr geltenden Vorschrift des § 11 Nr. 10 b AGBG ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender - wie hier - auf einen Nachbesserungsanspruch beschränkt werden, sofern dem anderen Teil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nachbesserung Herabsetzung der Vergütung oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Gewährleistung ist, nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrages zu verlangen.

Dieser Vorbehalt muß unmißverständlich sein. Dem ist genügt, wenn mit den Worten des Gesetzes das Wiederaufleben von Minderung und Wandelung schlicht an das "Fehlschlagen

der Nachbesserung" geknüpft ist (vgl. Senatsurteil vom 21. Februar 1990 - VIII ZR 216/89 = WM 1990, 886, 889 unter II 2 b bb). Wird jedoch der Begriff des Fehlschlagens nicht verwendet und werden - wie hier - statt dessen Anwendungsfälle benannt, die den Begriff ausfüllen sollen und deren Angabe sich - anders als etwa in Abschnitt VII Nr. 4 der geänderten Neuwagenbedingungen (NWVB, Stand 1. Juli 1991, Bundesanzeiger 1991 Nr. 133) - objektiv als abschließende Aufzählung darstellt, so muß die Bezeichnung der in Betracht kommenden Anwendungsfälle vollständig sein. Anderenfalls besteht die Gefahr einer Irreführung des Klauselgegners, welche die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge hat (vgl. Senat in BGHZ 93, 29, 62 f; Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl., § 11 AGBG, Rdnr. 112). Dies gilt auch im kaufmännischen Verkehr (BGHZ 93, 29, 62), der hier vorliegt, weil das Kaufrechtsverhältnis, aus dem die in Rede stehenden Gewährleistungsansprüche herrühren, zwischen zwei Kaufleuten - dem Beklagten, der mit Kraftfahrzeugen handelt, und der Leasinggesellschaft, einer GmbH und Co. oHG - zustande gekommen ist.

b) Der dargestellten Anforderung wird die beanstandete Gewährleistungsregelung nicht gerecht. Die wesentlichen Erscheinungsformen des Fehlschlagens sind die objektive oder subjektive Unmöglichkeit, die Unzulänglichkeit, die unberechtigte Verweigerung, die ungebührliche Verzögerung und der mißlungene Versuch der Nachbesserung (Senatsurteil vom 21. Februar 1990 aaO). Davon werden in den beiden Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten lediglich der erste und - kumuliert mit der Unzumutbarkeit der Hinnahme weiterer Nachbesserungsversuche - der letzte Fall benannt.

Sie umfassen die übrigen Erscheinungsformen des Fehlschlagens entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht.

c) Da somit die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten geregelte Beschränkung der Gewährleistungsrechte unwirksam ist, ist das Wandelungsbegehren des Klägers nach den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen (§ 6 Abs. 2 AGBG). Danach war der Kläger indessen nicht gehindert, unmittelbar Wandelung zu beanspruchen.

2. Das angefochtene Urteil läßt sich im Ergebnis auch nicht aus anderen Gründen aufrechterhalten.

a) Die Klageabweisung ist nicht wegen Verjährung des Wandelungsanspruches gerechtfertigt. Der Revisionserwiderung ist zwar zuzugeben, daß das Ausgehen des Motors erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 1991 und damit lange nach Ablauf der mit der Übergabe des Fahrzeugs einsetzenden einjährigen Garantiefrist (Nr. 1 der Garantiebedingungen) und der dadurch modifizierten Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB gerügt worden ist. Die Verjährung ist hinsichtlich dieses Mangels auch nicht durch die am 15. September 1990 erhobene Klage gemäß § 209 Abs. 1 BGB unterbrochen worden. Mit ihr sind bis zum Ablauf der Verjährungsfrist ausschließlich andere Mängel geltend gemacht worden, so daß eine Unterbrechung der Verjährung von Gewährleistungsansprüchen auch nur in bezug auf diese Mängel eintreten konnte (vgl. Senatsurteil vom 14. Mai 1957 - VIII ZR 231/56 = LM § 477 BGB Nr. 1; RGZ 78, 295). Gleichwohl beruft sich die Revisionserwiderung aber ohne

Erfolg auf Verjährung. Diese ist nur auf eine entsprechende Einrede hin beachtlich (§ 222 Abs. 1 BGB). An einer solchen fehlt es hier. Sie kann in der Revisionsinstanz nicht mehr erhoben werden. In den Tatsacheninstanzen hat sie der Beklagte indessen nicht geltend gemacht. Die Revisionserwid-
erung sieht dies allerdings anders und weist darauf hin, der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten habe in zweiter Instanz mit Schriftsatz vom 20. Dezember 1991 "die Verspätungsrüge" erhoben. Dabei verkennt sie jedoch, daß mit dieser Rüge nach dem Zusammenhang, in den sie gestellt wurde, lediglich die prozessuale Verspätung des - zum Teil neuen und im Schriftsatz vom 11. Dezember 1991 präzisierten - Vorbringens des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 26. November 1991 gerügt werden sollte. Dafür spricht auch die Wortwahl; hätte der - rechtskundige - Bevollmächtigte des Beklagten die Einrede der Verjährung erheben wollen, hätte nichts näher gelegen, als diesen Begriff zu verwenden.

b) Auch der von der Revisionserwid-
erung herangezogene Einwand der "Verwirkung", die sie daraus herleitet, daß der Kläger das Fahrzeug nach dessen Stilllegung im Oktober 1990 ein Jahr später wieder in Betrieb genommen und bis zum 9. Oktober 1992 etwa 20.000 Kilometer gefahren habe, steht dem Wandlungsbegehren des Klägers nicht entgegen. Der erkennende Senat hat den Umstand, daß der Käufer eines Fahrzeugs dieses unter Aufrechterhaltung seines Wandlungsbegehrens weiterbenutzte, zwar wiederholt unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens geprüft (vgl. Urteile vom 8. Februar 1984 - VIII ZR 295/82 = WM 1984, 479, 480 und 16. Oktober 1991 - VIII ZR 140/90 = WM 1992, 32, 34). Er hat dabei

aber betont, daß es jeweils auf die Abwägung der Interessen beider Vertragspartner ankomme und dem Käufer grundsätzlich die bloße, den Rahmen des Üblichen nicht überschreitende Weiterbenutzung des Wagens nicht als illoyales, widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden könne, weil dies für ihn regelmäßig günstiger als die Beschaffung eines Ersatzfahrzeuges sei und die Interessen des Verkäufers dadurch gewahrt würden, daß er Wertersatz für die vom Käufer durch die Weiterbenutzung genossenen Gebrauchsvorteile beanspruchen könne. Daran wird in Übereinstimmung mit der insoweit fast einhelligen Auffassung der Instanzgerichte und des Schrifttums (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 5. Aufl., Rdnr. 744-752 und die dortigen Nachweise) festgehalten. Besondere Umstände, die hier eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, sind von dem Beklagten nicht dargelegt worden.

III. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht kommen, war in der Sache abschließend zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

1. Das mit der Klage verfolgte Zahlungsbegehren ist gemäß §§ 467, 346 Satz 1 BGB begründet. Das Berufungsgericht hat unangegriffen festgestellt, daß der Motor des beanstandeten Fahrzeugs beim Bremsen ausgeht, und dies als einen - die Wandelung rechtfertigenden (§ 462 BGB) - Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB gewertet. Letzteres ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Daß das Ausgehen des Motors, das nach den Ausführungen des vom Berufungsgericht vernommenen Sachverständigen Liermann möglicherweise auf

Unzulänglichkeiten der Elektronik des streitigen Wagens zurückzuführen ist, die Gebrauchstauglichkeit eines Kraftfahrzeuges nicht unerheblich beeinträchtigt, läßt sich nicht mit dem - in dieser Allgemeinheit der Lebenserfahrung widersprechenden - Hinweis der Revisionserwiderung leugnen, ein solches Versagen entspreche wegen der Kompliziertheit der Vollelektronik dem Stand der Technik.

Der geltend gemachte Zahlungsanspruch ist auch der Höhe nach gerechtfertigt. Der Kläger hat von dem zurückzugewährenden Kaufpreis eine Nutzungsentschädigung von 4.015 DM für 5.000 gefahrene Kilometer abgezogen und dies in seinem Klageantrag berücksichtigt. Er hat während des Rechtsstreits zwar noch weitere 20.893 Kilometer mit dem Fahrzeug zurückgelegt, so daß dem Beklagten eine weitere Nutzungsvergütung zusteht. Dieser hat eine solche aber nicht - wie erforderlich (vgl. BGHZ 115, 47, 56) - im Wege der Aufrechnung geltend gemacht, so daß sie sich nicht anspruchsmindernd auswirkt.

Die begehrten Zinsen stehen dem Kläger gemäß §§ 467, 347 Satz 3, 246 BGB zu.

2. Dem Feststellungsantrag des Klägers war gleichfalls zu entsprechen. Der Beklagte geriet durch das berechtigte Wandlungsverlangen des Klägers und dessen vergebliches Rückgabeangebot in Annahmeverzug (vgl. Senatsurteil vom 18. Dezember 1991 - VIII ZR 282/90, unveröffentlicht).

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß

Wiechers