

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 347/96

Verkündet am:
29. Oktober 1997
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AGBG §§ 9 Ba, Cf, 11 Nr. 10 b

Die Klausel

"Sind Gewährleistungsansprüche gegeben, so beschränken sich diese auf eine Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Schlagen drei Nachbesserungsversuche wegen eines gerügten Mangels fehl, so ist der Auftraggeber berechtigt, die Rückgängigmachung des Kaufvertrages oder eine Herabsetzung des Kaufpreises zu verlangen."

in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist - auch im kaufmännischen Verkehr - unwirksam.

BGH, Urteil vom 29. Oktober 1997 - VIII ZR 347/96 - OLG Jena
LG Meiningen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1997 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Beyer, Ball und Dr. Leimert

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenates des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 19. November 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

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

- 3 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten über den Kaufpreis für einen Baggerlader, den der Beklagte am 9. September 1992 bei der Klägerin gekauft hat. Dem Kaufvertrag lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (künftig: AGB) der Klägerin zugrunde. Nr. V 3 der AGB lautet:

"Sind Gewährleistungsansprüche gegeben, so beschränken sich diese auf eine Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Schlagen drei Nachbesserungsversuche der Fa. M. W. GmbH & Co. KG (Klägerin) wegen eines gerügten Mangels fehl, so ist der Auftraggeber berechtigt, von der Firma M. W. GmbH & Co. KG die Rückgängigmachung des Kaufvertrages oder eine Herabsetzung des Kaufpreises zu verlangen."

Der Bagger wurde am 18. September 1992 geliefert. Bereits am 22. September 1992 erklärte der Beklagte die Wandelung des Kaufvertrages, weil es sich entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht um ein Neufahrzeug, sondern um einen gebrauchten Bagger gehandelt habe und der Hydraulikstempel verzogen gewesen sei. Zugleich forderte er die Klägerin auf, das Fahrzeug bis spätestens 25. September 1992 abzuholen, andernfalls werde er es "entsorgen" lassen. Die Klägerin kam dieser Aufforderung jedoch nicht nach, sondern wechselte am 24. September 1992 den defekten Hydraulikzylinder aus. Der Bagger befindet sich inzwischen wieder im Besitz der Klägerin.

Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung des Kaufpreises von 115.710 DM in vollem Umfang stattgegeben. Auf



die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Diese Entscheidung hat der Senat mit Urteil vom 19. Juni 1996 (VIII ZR 252/95 = WM 1996, 1915) aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Aufgrund der erneuten Berufungsverhandlung hat das Oberlandesgericht der Klage - von einer teilweisen Abweisung der Zinsforderung abgesehen - stattgegeben. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Aufgrund der - erstmals in der neuen Berufungsverhandlung vorgelegten - Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin stehe dem Beklagten ein Recht auf Wandelung des Kaufvertrages erst dann zu, wenn Nachbesserungsversuche der Klägerin wegen des gerügten Mangels fehlgeschlagen seien. Die auf der Rückseite der Bestellurkunde abgedruckten und damit Vertragsbestandteil gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstießen nicht gegen das AGB-Gesetz. Es könne deshalb dahinstehen, ob der Beklagte die am 24. September 1992 durchgeführte Reparatur genehmigt habe oder nicht. Der Beklagte sei daher verpflichtet, den vertraglich geschuldeten Kaufpreis an die Klägerin zu zahlen.

II. Die Erwägungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern. Die Klägerin kann sich auf das in

ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (künftig: AGB) enthaltene Nachbesserungsrecht nicht stützen, weil die betreffende Klausel unwirksam ist.

1. Die Nachbesserungsklausel in Nr. V 3 der AGB der Klägerin unterliegt in vollem Umfang der revisionsgerichtlichen Nachprüfung, da die Klägerin, die ihren Sitz im Bezirk des Oberlandesgerichts Bamberg hat, sie auch in anderen Oberlandesgerichtsbezirken (hier: Oberlandesgericht Jena) verwendet (st.Rspr., z.B. BGHZ 104, 292, 293 m.w. Nachw.).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verstößt die formularmäßige Nachbesserungsklausel in mehrfacher Hinsicht gegen Bestimmungen des AGB-Gesetzes.

a) Den Gründen des Berufungsurteils läßt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, ob das Oberlandesgericht den Beklagten als Nichtkaufmann behandelt und demzufolge die angeführte Vorschrift des § 11 Nr. 10 b AGBG unmittelbar angewandt oder ob es - wofür die Parteibezeichnung spricht - den Beklagten als (Minder-)Kaufmann angesehen und deshalb gemäß §§ 24 Satz 2, 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG lediglich eine Inhaltskontrolle am Prüfungsmaßstab des § 11 Nr. 10 b AGBG vorgenommen hat. Sollte es sich bei dem Betrieb des Beklagten um ein einfaches Bauunternehmen in Gestalt eines Handwerksbetriebes handeln, so wäre der Beklagte, da für ihn unstreitig keine Firma in das Handelsregister eingetragen ist, kein Kaufmann (§§ 1, 2 HGB; Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 1 Rdnr. 25 u. 26). In diesem Fall wäre § 11 Nr. 10 b AGBG direkt und uneingeschränkt anwendbar. Betreibt der Beklagte jedoch - neben dem reinen Bauhandwerk -

ein Grundhandelsgewerbe i.S. des § 1 Abs. 2 HGB, so ist er - auch ohne Eintragung im Handelsregister - jedenfalls Minderkaufmann (§ 4 HGB) mit der Folge, daß die Vorschrift des § 11 Nr. 10 b AGBG nicht unmittelbar, sondern lediglich als Prüfungsmaßstab für die anhand der Generalklausel des § 9 AGBG vorzunehmende Inhaltskontrolle heranzuziehen ist (§ 24 AGBG; vgl. auch Horn in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Aufl., § 24 Rdnr. 6).

b) Die Frage der Kaufmannseigenschaft des Beklagten bedarf für den Rechtsstreit jedoch keiner abschließenden Klärung; denn auch im kaufmännischen Verkehr hält die Nachbesserungsklausel in Nr. V 3 der AGB der Klägerin einer Inhaltskontrolle nicht stand, weil sie den anderen Vertragsteil entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§§ 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 11 Nr. 10 b AGBG).

aa) Unbedenklich ist an sich die Beschränkung der Gewährleistungsansprüche auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung als zunächst alleinigen Rechtsbehelf des Käufers in Satz 1 der Klausel (BGH, Urteil vom 30. September 1992 - VIII ZR 193/91 = BGHR AGBG § 9 Abs. 1 Gewährleistungsausschluß 2 = WM 1992, 2018 unter II 2 a u. b), sofern ihm - jedenfalls im nichtkaufmännischen Verkehr - ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Wandelung oder Minderung zu verlangen (§ 11 Nr. 10 b AGBG). Satz 2 der Geschäftsbedingung billigt dem Käufer das Recht auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages oder Herabsetzung des Kaufpreises jedoch nur zu, wenn drei Nachbesserungsversuche fehlschlagen. Damit werden die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche der

Wandelung und der Minderung auf den Fall begrenzt, daß der Käufer dreimal eine Nachbesserung verlangt und der Verkäufer diese tatsächlich - erfolglos - versucht hat. Ein Fehlschlagen der formularmäßig vereinbarten Nachbesserung liegt aber auch dann vor, wenn der Verkäufer sie unberechtigt verweigert oder unzumutbar verzögert (st.Rspr., zuletzt Senatsurteil vom 19. Juni 1996 - VIII ZR 117/95 = BGHR AGBG § 11 Nr. 10 b Nachbesserungsrecht 2 = WM 1996, 1911 unter II 2 a). Für diese Fälle ist ein Wandlungs- oder Minderungsrecht des Käufers weder in Nr. V 3 noch an anderer Stelle der AGB der Klägerin vorgesehen; insofern sind die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche endgültig ausgeschlossen. Das ist mit dem Grundgedanken der in den §§ 459 ff BGB enthaltenen Regelungen unvereinbar; im nicht-kaufmännischen Verkehr führt ein solcher - auch teilweiser - Ausschluß des Rechts auf Wandelung oder Minderung gemäß § 11 Nr. 10 b AGB unmittelbar zur Unwirksamkeit der betreffenden Klausel.

bb) Nach gefestigter Rechtsprechung des Senats gilt § 11 Nr. 10 b AGBG als Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 9 AGBG auch für den Geschäftsverkehr unter Kaufleuten (BGHZ 93, 29, 62; Senatsurteil vom 19. Juni 1996 - VIII ZR 117/95 aaO). Die vom Senat bisher nicht entschiedene Frage, ob der in § 11 Nr. 10 b AGBG vorgeschriebene ausdrückliche Vorbehalt des Wiederauflebens des Rechts auf Wandelung oder Minderung bei Fehlschlagen der Nachbesserung im kaufmännischen Verkehr entbehrlich ist, kann auch im vorliegenden Fall offenbleiben. Jedenfalls dann, wenn - wie hier - in der Formularbestimmung diese Gewährleistungsansprüche dem Käufer ausdrücklich vorbehalten bleiben, müssen alle in Betracht

kommenden Fallgestaltungen des Fehlschlagens der Nachbesserung erfaßt sein (Senat aaO). Das ist hier wegen der Beschränkung auf tatsächliche Nachbesserungsversuche und des darin zum Ausdruck kommenden Ausschlusses der Alternativen der Verweigerung oder ungebührlichen Verzögerung der Nachbesserung nicht der Fall.

cc) Überdies bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit der Klausel in Nr. V 3 der AGB der Klägerin auch deshalb, weil die Formulierung "Schlagen drei Nachbesserungsversuche ... wegen eines gerügten Mangels fehl" dahin zu verstehen sein kann, daß bei mehreren (gerügten) Mängeln die Klägerin sich drei Reparaturversuche für jeden einzelnen dieser Mängel vorbehalten will, bevor der Käufer zur Wandelung oder Minderung übergehen darf. Unter Zugrundelegung dieser - naheliegenden - Auslegung wäre dem Verkäufer bei einer Reihe möglicherweise nacheinander in Erscheinung tretender Mängel eine Vielzahl von Nachbesserungsversuchen gestattet. Dies könnte im Einzelfall dazu führen, daß im Ergebnis entgegen § 11 Nr. 10 b AGB die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Käufers in unzumutbarer Weise eingeschränkt würden.

dd) Ob die formularmäßige Klausel in dem vorstehenden Sinn auszulegen ist, kann indessen dahinstehen. Auch wenn sie nämlich unter Anwendung der sogenannten Unklarheitenregel des § 5 AGBG zugunsten des Beklagten als Käufer, also "kundenfreundlich", dahin zu verstehen wäre, daß der Klägerin auch bei verschiedenen gerügten Mängeln insgesamt (nur) drei Nachbesserungsversuche zugestanden werden sollen, könnte dies im Einzelfall - auch im kaufmännischen Ver-

kehr - zu einer unzulässigen Einschränkung des gesetzlichen Anspruchs auf Wandelung oder Minderung führen; denn "fehlgeschlagen" ist eine Nachbesserung u.a. bereits dann, wenn eine zumutbare Anzahl von Nachbesserungsversuchen keinen Erfolg gebracht hat (M.Wolf in Wolf/Horn/Lindacher aaO § 11 Nr. 10 b Rdnr. 18 u. 20; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl., § 11 Nr. 10 b, Rdnr. 37 u. 38).

Wieviele Nachbesserungsversuche der Käufer bei einer formularmäßig vereinbarten Nachbesserungsklausel hinnehmen muß, bevor er auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche der §§ 459 ff BGB zurückgreifen kann, läßt sich angesichts der Vielgestaltigkeit der denkbaren Fälle nicht schematisch festlegen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben (Senatsurteil vom 21. Februar 1990 - VIII ZR 216/89 = BGHR AGBG § 11 Nr. 10 b Kaufvertrag 1 = WM 1990, 886 unter II 2 b bb). Maßgebend sind insbesondere die Art des Kaufgegenstandes und des Mangels, die Gründe für das Scheitern eines vorangegangenen Nachbesserungsversuches sowie die für den Kunden mit weiteren Versuchen verbundenen Nachteile; alle möglichen Fallgestaltungen in der Klausel zu erfassen, ist weder zweckmäßig noch erforderlich (Senatsurteil vom 21. Februar 1990 aaO; M.Wolf aaO Rdnr. 25; a.A. - im Interesse der Klarheit für beide Seiten -: Hensen aaO Rdnr. 42). So wird bei technisch aufwendigen und komplizierten Geräten naturgemäß eine Zahl von drei, ausnahmsweise auch mehr Nachbesserungsversuchen dem Käufer eher zuzumuten sein als bei einfachen Geräten, von denen im allgemeinen ein problemloser Einsatz erwartet werden kann (vgl. Hensen aaO

Rdnr. 40; M.Wolf aaO Rdnr. 21-23). Andererseits ist im Rahmen der gebotenen Abwägung zu berücksichtigen, daß der mangelbedingte Ausfall einer gewerblich genutzten Sache in der Regel erhebliche wirtschaftliche Nachteile für den Käufer mit sich bringt, die der Zumutbarkeit enge Grenzen ziehen können.

Diesen Kriterien wird die von der Klägerin in ihren AGB verwendete Gewährleistungsklausel nicht gerecht. Nach ihr müßte der Käufer einen dritten Nachbesserungsversuch auch dann hinnehmen, wenn etwa durch ein - selbst grobes - Verschulden der Klägerin oder ihrer Hilfspersonen zwei vorangegangene Reparaturen erfolglos geblieben sind, wenn dem Käufer durch längere Standzeiten des Gerätes schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile entstanden sind oder wenn die Kaufsache mehrere gravierende Mängel aufweist. All das kann im Einzelfall schon einen zweiten, jedenfalls aber einen dritten Nachbesserungsversuch als für den Käufer unzumutbar erscheinen lassen, weil er ihn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht mehr hinzunehmen braucht oder weil sein Vertrauen in die Tauglichkeit einer Nachbesserung entfallen ist und begründete Zweifel am Erfolg weiterer Nachbesserungsversuche gerechtfertigt sind (M.Wolf aaO Rdnr. 20 u. 39).

Da Nr. V 3 der AGB der Klägerin mithin dem Käufer den Rückgriff auf die Rechtsbehelfe der Wandelung oder Minderung auch dann versagt, wenn die im Einzelfall zumutbare Anzahl von lediglich einem oder zwei Nachbesserungsversuchen fehlgeschlagen ist, und da eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel ausscheidet, ist die Klausel gemäß § 11

Nr. 10 b AGBG unwirksam. Dies gilt, wie ausgeführt (oben bb), auch im kaufmännischen Verkehr (§ 24 Satz 2 i.V.m. § 9 AGBG).

3. Kann sich die Klägerin demnach für die am 24. September 1992 erfolgte Reparatur des Baggerladers nicht auf die Nachbesserungsbestimmung in Nr. V 3 ihrer AGB berufen, so kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts darauf an, ob der Beklagte dieser Reparatur - sei es auch erst während ihrer Durchführung - zugestimmt hat. Dieses Einverständnis konnte, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 19. Juni 1996 (unter II 2 a) dargelegt hat, aus der Sicht der Klägerin unter Umständen auch in der widerspruchslosen Beobachtung und photographischen Dokumentation des Austausches des defekten Hydraulikzylinders liegen. Das Berufungsgericht wird daher das bisherige Beweisergebnis unter diesem Gesichtspunkt erneut zu würdigen oder die Beweisaufnahme zu wiederholen bzw. zu ergänzen haben. Soweit erforderlich, wird es auch die bislang von ihm offengelassene Frage zu prüfen haben, ob das Fahrzeug fabrikneu war oder nicht.

III. Da dem Senat demnach eine eigene Sachentscheidung verwehrt ist, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache erneut an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 u. 3 ZPO).

Dr. Deppert

Dr. Hübsch

Dr. Beyer

Ball

Dr. Leimert