

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ----- nein

BGB §§ 138 Bb, 242 Cd, 249 Hb; Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern

- a) Die Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern sind nicht in ihrer Gesamtheit unwirksam.
- b) Die Bestimmung einer Schadensersatzpauschale in Höhe eines Hundertsatzes des Kaufpreises für den Fall, daß der Käufer den Kaufvertrag nicht erfüllt, ist nicht grundsätzlich unwirksam; die Geltendmachung des Pauschalbetrages ist in der Regel auch keine unzulässige Rechtsausübung.

BGH, Urt. v. 8. Oktober 1969 - VIII ZR 20/68 - OLG Karlsruhe
LG Konstanz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 20/68

URTEIL

Verkündet am

8. Oktober 1969

Klett,
Justizhauptssekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Transportunternehmers Hermann E [REDACTED],
Inhaber des Unternehmens Hermann E [REDACTED],
Internationale Transporte, in A [REDACTED],
bei D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] V [REDACTED] & Co. KG, Mercedes-Benz-Groß-
vertretung in S [REDACTED], vertreten durch den persönlich
haftenden Gesellschafter Kaufmann Franz B [REDACTED] in S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1969
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger
sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Messner, Mormann
und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandes-
gerichts Karlsruhe - 9. Zivilsenat in Freiburg -
vom 14. Dezember 1967 wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen.

Tatbestand:

Der Beklagte, Inhaber eines nicht im Handelsregister
eingetragenen Transportunternehmens, kaufte von der Klägerin,
einer Mercedes-Benz-Großvertretung, am 2. Dezember 1965
einen gebrauchten LKW Fabrikat Krupp, Baujahr 1961. Der
Kaufpreis betrug 10 500 DM; er sollte bei der Übernahme
des Fahrzeugs bar bezahlt werden. Als Liefertermin war
im Kaufvertrag der 6. Dezember 1965 bestimmt. Zur Ver-
lautbarung des Vertrages wurde ein Formular verwandt, das
die Bezeichnung "Auftrag auf gebrauchtes Kraftfahrzeug/
Anhänger" trägt und von der Klägerin für ihre Geschäfts-
abschlüsse gebraucht wird. Nach dem Text des Formulars
bestellt der Käufer "nach Kenntnissnahme und unter Aner-
kennung der nachstehenden und der unseitigen Geschäfts-
bedingungen" das nachstehend beschriebene Kraftfahrzeug.



Die Nr. IV. 2. der Geschäftsbedingungen lautet wie folgt:

".... Bleibt der Käufer nach Anzeige der Bereitstellung mit der Übernahme des Fahrzeugs oder der Erteilung der Versandvorschrift oder der Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen oder der Erstellung der vereinbarten Sicherheit länger als 8 Tage im Rückstand, so ist der Verkäufer ohne Setzung einer Nachfrist berechtigt, auf Abnahme zu klagen, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Auftrag zurückzutreten. Im zweiten Falle kann der Verkäufer, unbeschadet der Möglichkeit, einen höheren tatsächlichen Schaden geltend zu machen, 20 % des Verkaufspreises als entgangenen Gewinn ohne Nachweis fordern."

Der Beklagte übernahm zum vereinbarten Termin den Kraftwagen nicht und zahlte auch nicht den Kaufpreis. Die Klägerin setzte ihm mit Schreiben vom 7. Januar 1966 zur Übernahme eine Nachfrist bis spätestens 17. Januar 1966. Sie erklärte, sie müsse, falls der Beklagte das Fahrzeug bis zum genannten Zeitpunkt nicht übernommen oder keinerlei Vorschläge für eine Übernahme gemacht habe, nach ihren Geschäftsbedingungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder 20 % des Verkaufspreises als entgangenen Gewinn fordern. Der Beklagte erwiderte am 10. Januar 1966, es sei ihm im Augenblick nicht möglich, den Lastwagen abzunehmen, weil er mit der Finanzierung des Wagens noch nicht zurecht komme. Er bitte, eine Übernahme abzuwarten. Die Klägerin schlug mit Schreiben vom 20. Januar 1966 vor, unter der Voraussetzung, daß der Beklagte bis zum 30. Januar 1966 eine Anzahlung von 2 100 DM leiste, das Fahrzeug bis zum 14. Februar 1966 reserviert zu halten. Das Schreiben schließt wie folgt:

"Sollten Sie diesen Vorschlag nicht annehmen, müßten wir gemäß den Geschäftsbedingungen ... das Fahrzeug anderweitig zum Verkauf anbieten. Wir müssen Sie jedoch darauf aufmerksam machen, daß - falls das Fahrzeug unter dem seinerzeitigen Verkaufspreis abgesetzt werden muß - wir Sie schadenersatzpflichtig machen, zumindest jedoch 20 % des Verkaufspreises als entgangenen Gewinn von Ihnen fordern werden."

Der Beklagte bat mit Schreiben vom 1. Februar 1966 die Klägerin, das Fahrzeug anderweit zum Verkauf anzubieten, und zwar für den "damaligen" Verkaufspreis. Er erklärte, bis zum 14. Februar 1966 das Fahrzeug nicht unterbringen zu können. Die Klägerin verkaufte den Lastkraftwagen am 16. April 1966 für 7 000 DM.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von dem unter seiner angeblichen Firma verklagten Beklagten den Unterschiedsbetrag zwischen dem mit dem Beklagten vereinbarten Kaufpreis und dem erzielten Erlös in Höhe von 3 500 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage in Höhe von 2 100 DM nebst 8 % Zinsen stattgegeben, weil die Klägerin nach Nr. IV 2 der Geschäftsbedingungen berechtigt sei, 20 % des Verkaufspreises ohne weiteren Schadensnachweis als entgangenen Gewinn zu fordern.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

Der Beklagte begehrt mit der Revision die Abweisung der Klage, soweit das Landgericht eine Verurteilung ausgesprochen hat. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben.

I. Das Berufungsgericht führt aus, es brauche nicht entschieden zu werden, ob die Klägerin berechtigt sei, den Schaden teils abstrakt, teils konkret zu berechnen und von der einen Art der Schadensberechnung ohne weiteres auf die andere überzugehen; denn das angefochtene Teilurteil des Landgerichts beruhe ausschließlich auf einer abstrakten Schadensberechnung, die zulässig sei. Gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts bestehen zwar Bedenken. Die Klägerin hat in erster Linie einen konkreten Schaden, nämlich den Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Verkaufspreis und dem bei der anderweiten Veräußerung erzielten Erlös, geltend gemacht. Wenn das Berufungsgericht der Klägerin als Teil des erlittenen Schadens einen Betrag von 20 % des Verkaufspreises zuspricht, so berechnet es von seinem Rechtsstandpunkt aus den Schaden insoweit abstrakt und überläßt dem weiteren Verfahren die Beurteilung nach der konkreten Berechnungsweise. Wäre es unzulässig, einen teils abstrakt, teils konkret berechneten Schadensersatz zuzusprechen, so hätte möglicherweise ein Teilurteil nicht ergehen dürfen. Die Unzulässigkeit des Teilurteils hat der Beklagte nicht gerügt. Ob der Senat trotzdem in der Lage wäre, diese Frage nachzuprüfen (vgl. BGHZ 16, 71, 73), braucht nicht erörtert zu werden. Jedenfalls kann im vorliegenden Fall wegen der ausdrücklichen Vereinbarung der Nr. IV 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - deren Wirksamkeit unterstellt - dem Verkäufer einen Betrag von 20 % des Verkaufspreises vorweg als Teil des tatsächlichen

Schadens zugesprochen werden. Die genannte Vertragsbestimmung sieht ausdrücklich vor, daß der Verkäufer unbeschadet der Möglichkeit, einen höheren tatsächlichen Schaden geltend zu machen, 20 % des Verkaufspreises als entgangenen Gewinn fordern kann. Dabei kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, welchen rechtlichen Charakter das Versprechen einer Schadenspauschale hat.

II. Das Berufungsgericht hält die Allgemeinen Geschäftsbedingungen weder in ihrer Gesamtheit noch in den hier einschlägigen Teilbestimmungen für nichtig.

1. Zu Unrecht macht die Revision geltend, der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag sei nichtig, weil die Geschäftsbedingungen der Klägerin, die im wesentlichen den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern entsprechen, wegen unbilliger Benachteiligung des Käufers nichtig seien.

a) Grundsätzlich darf dann, wenn bereits im Wege der Auslegung übermäßig einengende Bestimmungen allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 242 BGB auf das zulässige Maß zurückgeführt werden können, nicht schon aus der Vereinbarung solcher Bestimmungen die Sittenwidrigkeit des ganzen Vertrages hergeleitet werden. Ebenso rechtfertigt nicht schon grundsätzlich die Nichtigkeit einer einzelnen zum Vertragsinhalt gewordenen Bestimmung allgemeiner Geschäftsbedingungen die Annahme, daß der ganze Vertrag nichtig ist. Das hat der erkennende Senat im Urteil BGHZ 51, 55, 56 f ausgeführt. Wenn allerdings eine Vielzahl der in allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegten Vertragsbestimmungen eine unangemessene Einschränkung der Rechte des Vertragsteiles enthält, der sich den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterworfen hat,

und wenn so die Vertragsbedingungen gerade in ihrer Gesamtheit eine gegen die guten Sitten verstoßende Beschränkung des Vertragsgegners in der Rechtsstellung herbeiführen, die ihm nach dem Willen des Gesetzgebers zukommen soll, so ist der ganze Vertrag nach § 138 BGB nichtig. Müßten nämlich die zu beanstandenden Bestimmungen entweder ersatzlos fortfallen oder im Wege einer nach objektiven Gesichtspunkten zu treffenden Auslegung einen anderen, angemessenen Inhalt erhalten, damit das Vertragswerk eine billigenwerte Gestalt erlangt, so ist eine Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr möglich. Der Vertrag würde bei einer solchen Änderung seines wesentlichen Inhalts den von den Parteien gewollten Charakter verlieren. Das Gericht ist nicht befugt, den Vertragsparteien die von ihm für richtig gehaltene Vertragsgestaltung aufzudrängen (BGH aaO).

b) Um einen solchen Fall handelt es sich bei den Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern aber nicht. Das Landgericht Berlin (NJW 1966, 1818) scheint zwar diese Geschäftsbedingungen in ihrer Gesamtheit für nichtig zu halten, spricht im Widerspruch dazu allerdings davon, der beklagte Verkäufer könne aus dem Abschnitt V Nr. 2 (entspricht der Nr. IV 2 der Geschäftsbedingungen des vorliegenden Rechtsstreits) keine Rechte herleiten, weil die Berufung auf diese Klausel gegen Treu und Glauben verstoße. Das Landgericht Berlin nimmt auch nicht zu der Frage Stellung, ob wegen der Nichtigkeit der Geschäftsbedingungen etwa der ganze Kaufvertrag unwirksam ist. Das Landgericht Tübingen (NJW 1964, 1798), auf das das Landgericht Berlin sich bezieht, geht lediglich von der Nichtigkeit der Bestimmung der Nr. V 2 aus und nimmt an, mit der Nichtigkeit dieser Bestimmung sei nicht der ganze

Vertrag nichtig. Es setzt vielmehr an die Stelle der für nichtig gehaltenen Bestimmung die gesetzliche Regelung der §§ 326, 249, 252 BGB.

Entgegen der Meinung der Revision sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern nicht in ihrer Gesamtheit als nichtig anzusehen. Nur bei einem geringen Teil der von der Revision beanstandeten Bestimmungen bestehen Bedenken gegen ihre Wirksamkeit:

Daß für die Ansprüche beider Vertragsteile ein einheitlicher Leistungs- oder Erfüllungsort am Geschäftssitz des Verkäufers vereinbart wird, entspricht kaufmännischer Übung.

Die Abrede der Schriftform für mündliche Nebenabreden dient der Klarheit und Beweiserleichterung und schützt in berechtigter Weise den Verkäufer vor von ihm nicht gewollten Erklärungen seiner Angestellten und Vertreter.

Die Möglichkeit, die Abtretung von Ansprüchen durch Vereinbarung mit dem Schuldner auszuschließen, sieht das Gesetz in § 399 BGB ausdrücklich vor.

Die Revision sieht die Bestimmung der Nr. I 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, daß der Käufer vier Wochen an seinen Auftrag gebunden ist, als unangemessen an, weil sie dem Verkäufer Gelegenheit gebe, während dieser Zeit das Fahrzeug anderweit zu verkaufen. Darin irrt die Revision. Auftrag bedeutet hier offensichtlich Antrag auf Abschluß eines Kaufvertrages, der aus irgendwelchen Gründen nicht sofort geschlossen werden kann. Ist wie im vorliegenden

Fall ein Vertrag über ein bestimmtes Fahrzeug zustande gekommen, so ist selbstverständlich auch der Verkäufer an den Kaufvertrag gebunden.

Die Zulässigkeit der Bestimmung, daß Angaben des Verkäufers über Baujahr, Leistungen, Betriebskosten, Geschwindigkeit usw. nur als annähernd zu betrachten seien, ergibt sich aus dem Wesen des Handels mit Gebrauchtwagen. Der Verkäufer ist im allgemeinen auf die Angaben seines Lieferanten angewiesen. Er kann anders als bei Neuwagen genaue Angaben nicht machen.

Die Vereinbarung der Barzahlung am Sitz des Verkäufers und die Abrede, daß dieser nicht verpflichtet ist, Wechsel oder Schecks in Zahlung zu nehmen, ist nicht zu beanstanden. Davon, daß ein Gläubiger einen Scheck oder einen Wechsel annehmen müsse, kann keine Rede sein. Der Schuldner, der nicht barzahlen will, mag dem Gläubiger den geschuldeten Betrag, sei es mit der Post, sei es auf ein vom Gläubiger eröffnetes und bekanntgegebenes Konto, überweisen.

Die Vereinbarung von Verzugszinsen in Höhe von 2 % über Bundesbankdiskont ist nicht unangemessen. Kaufleute pflegen Bankkredit in Anspruch zu nehmen.

Ein Verbot der Aufrechnung mit illiquiden Forderungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist grundsätzlich zulässig (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 9. Mai 1966 - VIII ZR 8/64 - IM BGB § 387 Nr. 42 = BGHWarn. 1966 Nr. 112 = WM 1966, 734).

Einen Sittenverstoß lassen auch nicht die Bestimmungen erkennen, die mit dem Eigentumsvorbehalt des Verkäufers zusammenhängen: So die Abtretung der Ansprüche, die dem

Käufer gegen einen den Kauf finanzierenden Dritten zustehen, wobei offenbar die Ansprüche auf Rückgewähr von Sicherheiten nach Befriedigung des Dritten gemeint sind. Dasselbe gilt für den erweiterten Eigentumsvorbehalt (vgl. BGHZ 42, 53, 58). Daß der Käufer für Fahrten außerhalb der Bundesrepublik und Westberlins eine schriftliche Zustimmung des Verkäufers einholen muß, ist sachgemäß. Dieses Verlangen erklärt sich aus der Gefahr der Beschlagnahme des noch dem Verkäufer gehörenden Wagens bei Zoll- und Grenzvergehen. Die Verpflichtung des Käufers zur Kaskoversicherung des noch unter Eigentumsvorbehalt stehenden Wagens schließlich ist wirtschaftlich sinnvoll.

Die Revision will eine untragbare Schlechterstellung des Käufers auch in der unterschiedlichen Bemessung der Rechte bei Überschreitung der Lieferfrist einerseits und der Abnahmefrist andererseits sehen. Nach Nr. IV 1 kann der Käufer nach Überschreitung des Liefertermins um 6 Wochen dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist mit der Androhung setzen, daß er nach fruchtlosem Ablauf auf Erfüllung klagen oder vom Vertrage zurücktreten werde. Ein Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Nichterfüllung oder Verzuges soll nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vertragsverletzung bestehen. Wenn dagegen der Käufer mit der Übernahme des Wagens länger als 8 Tage im Rückstand bleibt, so ist nach Nr. IV 2 der Verkäufer ohne Setzung einer Nachfrist berechtigt, auf Abnahme zu klagen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Auftrag zurückzutreten. Daß diese Regelung schlechthin dem Gerechtigkeitsgebot widerspreche, läßt sich nicht sagen. Die Klausel über die Lieferfrist gehört zu jenen, mit denen ein Verkäufer seine Haftung für rechtzeitige Lieferung beschränkt. Sie haben ihren wirtschaftlichen Hintergrund darin, daß der Verkäufer sich gegen

die Gefahren schützen will, die entstehen, wenn sein Lieferant ihn nicht oder nicht rechtzeitig beliefert. Solche Abreden sind grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. BGHZ 24, 54). Ob dem Verkäufer, wenn er sich grobfahrlässig oder vorsätzlich außer Stand setzt, den Liefertermin einzuhalten, nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die Sechswochenfrist zu berufen, ist eine andere, hier nicht zu entscheidende Frage. Dem Käufer dagegen, dessen Übernahmeverpflichtung im allgemeinen nicht von der Vertragserfüllung Dritter abhängt, ist eine kürzere Frist zumutbar. Auch insoweit kann dahingestellt bleiben, ob im Einzelfall etwa dem Verkäufer die in der Bestimmung der Nr. IV 2 vorgesehenen Rechte nach Treu und Glauben nicht zustehen, wenn der Käufer ohne sein Verschulden an der Übernahme des Kraftfahrzeugs gehindert ist.

Nach Nr. V der Geschäftsbedingungen wird ein Fahrzeug unter Ausschluß jeder Gewährleistung verkauft; Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz sollen, soweit es gesetzlich zulässig ist, ausgeschlossen sein. Der Ausschluß der Gewährleistung findet seinen Sinn darin, daß der Zustand von gebrauchten Kraftfahrzeugen sehr stark von der Art der Benutzung, der Fahrweise und der Pflege abhängt. Schon nach sehr kurzer Zeit ist es häufig nicht mehr feststellbar, ob ein Fehler bei Kaufabschluß schon vorhanden war (von Brunn NJW 1956, 306). Hinzu kommt, daß der Verkäufer, wie schon erwähnt, wesentlich auf die Angaben seines Lieferanten angewiesen ist und Mängel nicht immer erkennen kann. In Rechtsprechung und Schrifttum wird denn auch, soweit ersichtlich, der Ausschluß der Gewährleistung allgemein für wirksam gehalten (von Brunn aaO; von Lüpke BB 1957, 169; Kulich Betrieb 1967, 456; Urteile des erkennenden Senats vom 11. Februar 1958

- VIII ZR 85/57 - LM HGB § 346 (C Nr. 8) = MDR 1958, 509 und vom 21. März 1966 - VIII ZR 44/64 - LM HGB § 346 (E a Nr. 10) = BGHWarn. 1966 Nr. 71 = WM 1966, 473; OLG Celle NJW 1963, 351 und Betrieb 1965, 1007). In seinem Urteil vom 21. März 1966 hat der Senat den Ausschluß der Gewährleistung im Handel mit Gebrauchtfahrzeugen als geradezu ein Gebot der wirtschaftlichen Vernunft bezeichnet. Daß der Ausschluß der Gewährleistung mit der gesetzlichen Beschränkung des § 476 BGB erfolgt, ist ausdrücklich in den Geschäftsbedingungen festgelegt.

Daß im Falle eines berechtigten Rücktritts des Verkäufers ein Zurückbehaltungsrecht des Käufers am Kraftwagen ausgeschlossen ist und der Käufer nicht einwenden darf, der Kraftwagen sei zur Aufrechterhaltung seines Gewerbebetriebes erforderlich, erscheint sachgemäß. Der Verkäufer hat ein berechtigtes Interesse daran zu verhindern, daß der Kraftwagen weiter vom Käufer benutzt wird und dadurch an Wert verliert

Als anstößig sieht schließlich die Revision die Bestimmung der Nr. IV 2 der Geschäftsbedingungen über die Pauschalierung des Schadensersatzanspruches an. Deren Wirksamkeit wird im folgenden Abschnitt Nr. 2 behandelt. Keinesfalls kann diese Bestimmung als so sehr gegen die guten Sitten verstoßend gewertet werden, daß aus ihr bei einer Gesamtbetrachtung der Geschäftsbedingungen die Nichtigkeit des ganzen Vertrages hergeleitet werden könnte.

c) Vergeblich greift die Revision auch die allgemeinen Gesichtspunkte an, unter denen das Berufungsgericht die Wirksamkeit der Geschäftsbedingungen für den Verkauf von

gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern in ihrer Gesamtheit beurteilt hat. Mit Recht findet das Berufungsgericht den rechtfertigenden Grund dafür, daß die Einzelbestimmungen zuungunsten des Käufers von den gesetzlichen Vorschriften abweichen, in den Besonderheiten des Gebrauchtwagenhandels, seinem Kundenkreis und der rasch wechselnden, risikoreichen konjunkturellen Situation auf diesem Wirtschaftszweige. Das Berufungsgericht konnte auch ohne Rechtsverstoß annehmen, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Ausdruck eines "bündnismäßigen Zusammenschlusses" oder einer "wirtschaftlichen Machtstellung" seien, weil sich ein nicht unbeachtlicher Teil des Gebrauchtwagengeschäftes außerhalb des gewerblichen Handels vollziehe und das Angebot in der Regel so reichhaltig sei, daß sich der Interessent seinen Geschäftspartner frei auswählen könne. Der Beklagte hat in den vorhergehenden Rechtszügen selbst nicht vorgetragen, daß die Geschäftsbedingungen einen Mißbrauch wirtschaftlicher Macht darstellten. Das Berufungsgericht war auch entgegen der Ansicht der Revision nicht verpflichtet, den Beklagten auf diesen Gesichtspunkt hinzuweisen und ihn zu veranlassen, eine dahingehende Behauptung unter Beweis zu stellen.

2. a) Es kommt deshalb darauf an, ob die Bestimmung der Nr. IV 2 der Geschäftsbedingungen, auf die das Berufungsgericht die Verurteilung des Beklagten stützt, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist oder ob wenigstens die Klägerin rechtsmißbräuchlich handelt, wenn sie sich auf diese Bestimmung beruft. Nach dieser Klausel kann der Verkäufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, unbeschadet der Möglichkeit, einen höheren tatsächlichen Schaden geltend zu machen, 20 % des Verkaufspreises als entgangenen Gewinn ohne Nachweis fordern.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob auch ein Verhalten des Käufers, das er nicht zu vertreten hat, eine solche Schadensersatzverpflichtung auslöse. Denn unstreitig, so führt es aus, habe der Beklagte den abgeschlossenen Kaufvertrag deshalb nicht erfüllt, weil er hierzu wirtschaftlich nicht in der Lage gewesen sei. Diesen Umstand aber habe er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu vertreten. Auch soweit sich der Beklagte dagegen wende, daß der Verkäufer die Rechte aus einem Verzuge des Käufers ohne Setzung einer Nachfrist geltend machen könne, bedürfe es keiner weiteren Erörterungen. Denn im vorliegenden Fall habe die Klägerin dem Beklagten ausreichende Nachfristen eingeräumt. Bei eindeutigen Vertragsverletzungen sei jedenfalls die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen nicht zu beanstanden.

b) Dem ist beizutreten.

Die rechtliche Einordnung der Abrede über die "Pauschalierung" von Ersatzansprüchen ist in Schrifttum und Rechtsprechung streitig. Das Oberlandesgericht Celle (NJW 1963, 351) sieht die Schadenspauschale als Vertragsstrafe an. Derselben Ansicht ist Belke (Betrieb 1969, 559, 561 ff). Dagegen erblicken andere in einer solchen Bestimmung die Vereinbarung über Voraussetzung und Höhe des bei einer Vertragsverletzung zu leistenden Schadensersatzes (von Brunn NJW 1967, 712; Schmidt-Salzer NJW 1969, 289, 293; derselbe Betrieb 1969, 1091, 1094). Ebenso sieht das Bundesarbeitsgericht (NJW 1967, 751 = WM 1967, 305) die Abrede einer pauschalierten Schadensersatzforderung in einer Kaufvertragsbedingung, nach der der Verkäufer bei schuldhaften Vertragsverstößen des Käufers zum Rücktritt berechtigt ist und statt des Rücktritts Schadensersatz wegen Nichterfüllung mindestens in Höhe von 25 % des Kaufpreises

verlangen kann. Die Bedeutung der unterschiedlichen Einordnung liegt insbesondere darin, daß die Vertragsstrafe - abgesehen vom kaufmännischen Verkehr - nach § 343 BGB herabgesetzt werden kann, während die Abrede über die Schadenspauschale nur der Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die Gerichte im Rahmen der §§ 138, 242 BGB unterliegt. Der erkennende Senat hat in zwei Entscheidungen aus dem Maklerrecht BGHZ 49, 84 und Urteil vom 22. Juni 1966 - VIII ZR 159/65 - IM BGB § 652 Nr. 10 = BGHWarn. 1966 Nr. 136) die Würdigung darauf abgestellt, welcher Art der Anspruch ist, aus dem das Zahlungsbegehren hergeleitet wird. Eine Vertragsstrafe ist danach anzunehmen, wenn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung des Hauptvertrages sichern und auf den Vertragsgegner einen möglichst wirkungsvollen Druck ausüben soll, alle vertraglich übernommenen Verpflichtungen einzuhalten (BGHZ 49, 84, 89). Eine Schadenspauschalabrede liegt dagegen vor, wenn sie der vereinfachenden Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Vertragsanspruches dienen soll. Daran ist trotz des Einwandes von Belke (aaO) festzuhalten. Im vorliegenden Fall ergibt schon die Fassung der Vertragsbestimmung, 20 % des Verkaufspreises könne der Verkäufer als entgangenen Gewinn fordern, daß eine pauschalierte Schadensersatzforderung gemeint ist.

Gegen die Wirksamkeit der Bestimmung der Nr. IV 2 bestehen, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, mindestens bei der vorliegenden Sachgestaltung keine durchgreifenden Bedenken.

aa) Formularmäßig festgelegte Abweichungen von dispositiven gesetzlichen Regeln dürfen nicht gegen das

gesetzliche Leitbild des Vertrages verstoßen (vgl. Urteil BGH vom 22. Februar 1967 -VIII ZR 215/64- LM BGB § 652 Nr. 23 = BGHWarn. 1967 Nr. 48).

Ein solcher Verstoß liegt nicht darin, daß der Verkäufer 20 % des Verkaufspreises als entgangenen Gewinn ohne Nachweis fordern kann. Demgegenüber läßt sich nicht einwenden, nach dem Gesetz sei der Gläubiger, der Schadensersatz verlange, zum Beweise für die Entstehung eines Schadens und seiner Höhe verpflichtet. Hier liegt nicht eine dem Gerechtigkeitsgehalt widersprechende Beweislastumkehr vor. Macht sich der Schuldner einer Vertragsuntreue schuldig, so besteht für den Gläubiger ein anerkennenswertes Bedürfnis, von den mit der Darlegung der Schadenshöhe verbundenen Schwierigkeiten befreit zu sein, und es liegt ein vernünftiger Grund vor, die Beweislage des Gläubigers zu verbessern (Belke Betrieb 1969, 559, 604). Auf seiten des Verkäufers spricht einmal dafür das berechnete Interesse, im Rechtsstreit nicht seine Kalkulationsunterlagen offenlegen zu müssen. Desweiteren begegnet gerade bei gebrauchten Kraftfahrzeugen, die einem raschen Verschleiß unterliegen, die Feststellung, ob der später anderweit verkaufte Kraftwagen etwa unter Ausnutzung der Marktlage einen höheren Kaufpreis hätte erbringen können, besonderen Schwierigkeiten. Die Pauschalierung kommt, worauf schon das Bundesarbeitsgericht (NJW 1967, 751) hingewiesen hat, dem Vertragsstrafenversprechen, aber auch der abstrakten Schadensberechnung nahe. Der Umstand allein, daß die Abrede der Pauschalierung dem vertragsuntreuen Käufer nachteilig sein kann, macht sie nicht unzulässig. Wenn die Rechtsprechung in elastischer Weise je nach den besonderen Bedürfnissen der einzelnen Wirtschaftszweige

eine mehr oder weniger starke Abweichung der Verkaufsbedingungen zuläßt, so hat das seinen guten Grund (Raiser NJW 1956, 304; für die Wirksamkeit von Pauschalierungsbestimmungen auch Esser, Schuldrecht, Allg. Teil 3. Aufl. § 42 II c).

bb) Wenn die Pauschalierungsabrede demnach grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, so ist es nicht ausgeschlossen, daß ihr wegen der besonderen Ausgestaltung die Anerkennung versagt werden kann.

Die Auffassung, die Abrede über die Schadenspauschalierung sei unwirksam, weil der Käufer auch dann zur Zahlung verpflichtet sei, wenn dem Verkäufer ein Schadensersatzanspruch nach dem Gesetz nicht zustehen würde, geht fehl. Daß der Zahlungsanspruch des Verkäufers nicht gegeben ist, wenn der Käufer berechtigt ist, seine Leistung oder die Abnahme der Kaufsache zu verweigern, ist selbstverständlich. Schadensersatz wegen "Nichterfüllung" kann nur bedeuten, Schadensersatz wegen "unberechtigter Nichterfüllung". Ob der Verkäufer Rechte aus der Pauschalierungsklausel auch herleiten kann, wenn für den Käufer zwar ein Leistungsverweigerungsrecht nicht besteht, die Nichterfüllung aber unverschuldet ist, kann hier dahingestellt bleiben, weil der Beklagte, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, im Verzuge war. Ein Käufer würde wohl auch mit dem von ihm zu beweisenden Einwand zu hören sein, daß der Verkäufer einen Schaden überhaupt nicht erlitten habe. Der Gebrauch des Wortes "Schadensersatz" wegen Nichterfüllung und das Recht, einen "höheren" Schaden geltend zu machen, legen die Auslegung nahe, daß die Verpflichtung zum Ersatz eines pauschalisierten Schadens nur begründet ist, wenn die Verpflichtung zum Schadensersatz dem Grunde nach besteht.

Nur die noch ungewisse Schadenshöhe wird vertraglich festgesetzt (Belke aaO Seite 565).

Was die Höhe der Pauschale betrifft, so bestehen keine Bedenken, wenn die Klausel nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des vertragsbrüchigen Käufers führt. Sie ist jedenfalls dann wirksam, wenn die Pauschale etwa den Unkosten zuzüglich des üblichen Gewinns entspricht (so BAG NJW 1967, 751). Daß im Handel mit Gebrauchtwagen die allgemeine Gewinnspanne 15 bis 20 % beträgt, hat das Berufungsgericht aufgrund des unbestrittenen Vorbringens der Klägerin festgestellt. Hiergegen wendet sich die Revision auch nicht im einzelnen.

3. Vergeblich bekämpft die Revision auch die Auffassung des Berufungsgerichts, es bestehe kein Anlaß für die Annahme, daß die Rechtsverfolgung durch die Klägerin nach der Lage des Falles eine unzulässige Rechtsausübung sei.

a) Der Beklagte kann nicht damit gehört werden, daß die Klägerin keinen Schaden erlitten hätte, wenn sie das Kraftfahrzeug an einen anderen Käufer zu dem mit der Beklagten vereinbarten Kaufpreis veräußert hätte. Es ist bereits erwähnt worden, daß die Pauschalierungsabrede einer abstrakten Schadensberechnung nahe kommt. Bei abstrakter Schadensberechnung hat der erkennende Senat angenommen, im Warenhandel bestehe eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß dann, wenn ein Käufer die Kaufsache nicht abgenommen hat und der Verkäufer sie anderweit veräußert, dem Verkäufer deshalb Gewinn entgeht, weil er bei Erfüllung des ersten Kaufvertrages auch den zweiten Kaufvertrag durch Lieferung anderweit beschaffter Ware abgewickelt und dabei Gewinn erzielt

hätte (Urteil vom 3. Mai 1960 - VIII ZR 88/59 - LM BGB § 252 Nr. 5 = JZ 1961, 27 mit Aufsatz von Steindorff JZ 1961, 12 ff; vgl. auch BAG NJW 1967, 751). Zu den marktgängigen Waren sind auch gebrauchte Kraftfahrzeuge jedenfalls dann zu rechnen, wenn es sich wie hier um die gewerbsmäßige Veräußerung eines Kraftfahrzeugs handelt, dessen Typ im Serienbau in großer Zahl hergestellt wird und keine nur für einen beschränkten Abnehmerkreis bestimmten besonderen Eigenschaften ausweist. In diesem Fall besteht die Vermutung, daß der Verkäufer, wenn der Käufer den Wagen abgenommen hätte, sich im Rahmen des Gebrauchtwagenhandels einen anderen Wagen der vom zweiten Käufer gewünschten Art beschafft hätte und auch den zweiten Kaufvertrag hätte schließen und erfüllen können. Wenn, wie die Beklagte selbst vorträgt, die Preise für gebrauchte LKW in der Zeit zwischen dem Abschluß des Kaufvertrages vom 2. Dezember 1965 und dem anderweiten Verkauf am 16. April 1966 nicht gefallen sein sollten, wäre zu vermuten, daß die Klägerin aus dem Verkauf vom 16. April 1966 etwa denselben Gewinn gezogen hätte, wie sie ihn erzielt hätte, wenn der Beklagte den verkauften Wagen am 6. Dezember 1965 abgenommen hätte.

Ob und wie weit unter diesen Umständen überhaupt Raum für einen Einwand des vertragsbrüchigen Käufers ist, der Verkäufer hätte bei dem anderweiten Verkauf der nicht abgenommenen Kaufsache einen höheren Erlös erzielen können, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Beklagte hat zwar behauptet, daß die Klägerin bei gehöriger Anstrengung im Zeitpunkt des Weiterverkaufes 10 500 DM hätte erzielen können, und hat sich zum Beweis hierfür auf Einholung eines Sachverständigengutachtens bezogen. Dieses Vorbringen und der Beweisantritt sind indessen schon deshalb unerheblich, weil es für die Frage, welcher Preis für ein gebrauchtes Kraftfahrzeug zu erzielen ist, weitgehend auf den Erhaltungszustand des Wagens und den zufälligen Bedarf des Abnehmerkreises

im Handelsbereiche der Verkäuferin ankommt. Der Beklagte hat auch die Behauptung der Klägerin im Schriftsatz vom 21. April 1967, die eigenen Bemühungen des Beklagten, den Wagen zu verkaufen, hätten kein Ergebnis gehabt, nicht bestritten.

b) Die Klägerin hat allerdings im Schriftsatz vom 20. September 1966 vorgetragen, sie habe das streitige Fahrzeug am 22. November 1965 zum Preise von 12 000 DM angekauft. Dann hat sie aus dem Verkauf an den Beklagten keinen Gewinn erzielt. Das schließt jedoch die sich aufdrängende Vermutung nicht aus, daß sie, wenn der Beklagte den verkauften Lastwagen abgenommen hätte, bei dem zweiten Verkauf die übliche Gewinnspanne von etwa 20 % erzielt hätte. Da der zweite Verkauf allerdings nur 7 500 DM erbracht hat, hätte bei einer Gewinnspanne von 20 % der dann vermutlich erzielte Gewinn nur 1 500 DM betragen. Dieser Umstand läßt es aber trotzdem nicht als Rechtsmißbrauch erscheinen, wenn die Klägerin sich auf die Pauschalierungsabrede beruft. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß der Schaden der Klägerin nicht nur in einem bei dem zweiten Verkauf entgangenen Gewinn besteht, sondern auch in den durch die verweigerte Abnahme entstandenen Unkosten. So hat der verkaufte Wagen vom 6. Dezember 1965 bis 16. April 1966 bei der Klägerin nutzlos auf Lager gestanden. Es besteht auch die starke Wahrscheinlichkeit, daß der Klägerin durch erfolglose Verkaufsbemühungen bis zum 16. April 1966 weitere Unkosten entstanden sind. Einer ins einzelne gehenden genauen Berechnung des tatsächlichen Schadens soll aber der Verkäufer gerade durch die Abrede der Pauschalierung enthoben sein. Die Abrede ist, wie gesagt, nur unwirksam, wenn der Pauschsatz

über den allgemein üblichen Gewinnsatz hinausgeht.
Die Berufung darauf, daß im Einzelfall nur ein geringer Gewinn hätte erzielt werden können, ist dem vertragsbrüchigen Käufer genommen.

III. Die Revision ist daher zurückzuweisen. Die Kosten der Revision trägt der Beklagte nach § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier