

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

Allg. Geschäftsbedingungen; BGB §§ 157 D, Ga, Gd, Gf,
242 Ba, 635

Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn der Werkunternehmer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung sowohl Schadensersatzansprüche als auch ein Rücktrittsrecht des Bestellers ausschließt. In solchem Fall kann das Gericht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht im Wege "ergänzender Auslegung" dahin ändern, daß dem Besteller das Rücktrittsrecht doch zustehen solle und der Ausschluß des Schadensersatzanspruchs wirksam sei. Vielmehr ist dann der Ausschluß des Schadensersatzanspruchs nach § 242 BGB unbeachtlich.

BGH, Urt. v. 10. Januar 1974 - VII ZR 28/72 - OLG Hamm

LG Hagen

72

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 28/72

URTEIL

Verkündet am

10. Januar 1974

Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma K [REDACTED] - K e [REDACTED], Gesellschaft
für Wärmetechnik m.b.H. & Co. KG, H [REDACTED],
In der Ke [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer
der persönlich haftenden Gesellschafterin Nicklaus R [REDACTED],
ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Tjarko W [REDACTED] & Söhne KG,
Industriekühlung, L [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch die WI [REDACTED] Verwaltungsgesellschaft
m.b.H., diese vertreten durch ihren Geschäftsführer
Siegfried W [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 30. November 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte im Juni 1968 die Beklagte mit der Herstellung und Lieferung eines Verdunstungskondensators zum Preise von 43.000 DM, der für einen bei der Klägerin bestellten Kühlturm bestimmt war. Bestandteil des Auftrags waren eine detaillierte Leistungsbeschreibung der Beklagten sowie deren Geschäfts- und Lieferungsbedingungen (GLB). Darin heißt es unter Nr. 5:



"Gewährleistungsansprüche:

- a)
- b) Die Gewähr ist begrenzt auf die kostenlose Reparatur des gelieferten Gegenstandes oder den kostenlosen Ersatz der beanstandeten Teile.
- c) Ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung besteht nicht.
- d) Schadenersatz jeglicher Art auf Ersatz eines mittelbaren oder unmittelbaren Schadens, aus welchem Rechtsgrunde auch immer, wird nicht gewährt.
- e) Schadenersatzansprüche können auch nicht daraus hergeleitet werden, daß etwa zu Recht gerügte Mängel verspätet abgestellt werden.
-
- i) Erweist es sich im Zuge der Nachbesserungsarbeit, daß der gewünschte Effekt nicht zu erzielen ist, so steht uns auch das Recht zu, vom Vertrage zurückzutreten. Auch in diesem Falle können keinerlei Schadenersatzansprüche aus irgendwelchem Rechtsgrunde entstehen."

Die Beklagte lieferte den Verdunstungskondensator im November 1968 aus, jedoch mit nur einem Wärmeaustauscher anstatt gemäß Bestellung mit zwei; der zweite Wärmeaustauscher wurde im Februar 1969 nachgeliefert, erwies sich aber als undicht. Neben weiteren Mängeln stellte die Klägerin vor allem einen zu hohen Druckverlust fest, der auf einen zu geringen Querschnitt der Kühlregisterrohre zurückzuführen war. Den Vorschlag der Klägerin, zur Verminderung des Druckverlustes die Heizfläche durch Austausch der Kühlregister zu vergrößern und zwei zusätzliche Wärmeaustauscher einzubauen, lehnte die Beklagte wegen technischer Schwierigkeiten, mangelnder Erfolgsaussicht und Kürze der von der Klägerin geforderten Lieferfrist ab.

Nunmehr lehnte die Klägerin wegen Nichterfüllung der vertraglichen Zusicherungen und der zugesagten Nachbesserung weitere Abhilfevorschläge der Beklagten als untauglich und wegen der Lieferfrist auch unzumutbar ab und bezog alsbald von einer anderen Firma eine Ersatzanlage, deren Installierung zusätzliche Kosten verursachte.

Die Klägerin fordert von der Beklagten Schadensersatz wegen ihrer Unkosten für die Beschaffung und Aufstellung der Ersatzanlage abzüglich des der Beklagten zustehenden Werklohns, insgesamt 135.305,89 DM nebst Zinsen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, die Mangelhaftigkeit des Kondensators beruhe auf fehlerhafter Konstruktion seitens der Beklagten, die den Rohrquerschnitt zu gering bemessen habe. Nach Nr. 5 b ihrer Geschäftsbedingungen habe sie Gewährleistung durch kostenlose Reparatur oder kostenlosen Ersatz geschuldet. Dieser Gewährleistungspflicht sei sie nicht nachgekommen.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Klägerin nicht Ersatz von Aufwendungen im Sinne des § 633 Abs. 3 BGB fordert, sondern ihre Kosten für die Neuanschaffung und Montage eines anderen Geräts als Schaden geltend macht.

Diese Ausführungen lassen Rechtsfehler nicht erkennen und werden von der Revision auch nicht angegriffen.

II.

Das Berufungsgericht stellt weiter fest, die Beklagte habe sich durch ihre GLB (Nr. 5 d + e) von jeglicher Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung, wegen durch mangelhafte Lieferung begangener positiver Vertragsverletzung und wegen Verletzung der Nachbesserungspflicht freigezeichnet.

Diese tatrichterliche Auslegung der zum Bestandteil des Vertrages gemachten GLB der Beklagten läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Die Einwände der Revision gehen fehl.

1. Die vom Berufungsgericht angeführten Freizeichnungsklauseln stehen unter der Überschrift "Gewährleistungsansprüche". Aus den Bestimmungen Nr. 5 GLB ergibt sich jedoch, daß die Gewährleistung im weiteren Sinne verstanden wird und auch die Nachbesserungspflicht gemäß § 633 Abs. 2 BGB umfaßt.

2. Unter Nr. 5 e) und i) GLB sind ausdrücklich Schadensersatzansprüche abbedungen, die sich aus verzögerlicher oder mißlungener Nachbesserung ergeben könnten.

Soweit im letzteren Fall nur auf den Rücktritt des Unternehmers abgestellt wird, verweist das Berufungsgericht zutreffend auf die Freizeichnung unter Nr. 5 d).

3. Diese Klausel erstreckt sich unmißverständlich nicht nur auf den unmittelbaren Mangelschaden, sondern auch auf Mangelfolgeschäden, für die eine Haftung aus positiver Vertragsverletzung in Betracht kommt, und auf Schäden aus unterbliebener Nachbesserung.

4. Insoweit läßt die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung keinen Verstoß gegen die Grundsätze erkennen, daß Freizeichnungsklauseln eng und nicht über ihren Wortlaut hinaus auszulegen sind (BGHZ 22, 90, 96; BGH NJW 1960, 1661; 1962, 388, 389; 1970, 383, 386; 1970, 2224, 2245). Den von der Revision angeführten Urteilen des BGH vom 9. März 1954 - I ZR 210/52 - (= MDR 1954, 345) und vom 27. November 1963 - VIII ZR 51/62 - (= LM Nr. 6 zu § 157 (Gf) BGB) liegen Kaufverträge mit anderen Sachverhalten zugrunde.

III.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, diese Freizeichnung von jeglichem Schadensersatz verstoße nicht gegen die guten Sitten und sei daher wirksam. Die Klägerin sei nämlich durch diese Klauseln nicht praktisch rechtlos gestellt. Zwar sei in den GLB für den Fall, daß die Nachbesserung unmöglich ist, ausdrücklich nur der Beklagten als Unternehmerin ein Rücktrittsrecht eingeräumt, doch stehe auch der Klägerin ein solches Recht zu. Das ergebe sich bei Nichterfüllung der Nachbesserungs-

pflicht einmal aus den §§ 325, 326 BGB, zum anderen aus den GLB der Beklagten, in denen die Rechte des Bestellers für diesen Fall nicht geregelt seien. Eine den Interessen beider Seiten gerecht werdende Schließung dieser Lücke in den GLB führe zur Anerkennung eines Rücktrittsrechts des Bestellers, so daß dieser nicht praktisch rechtlos gestellt sei und die Freizeichnung von Schadensersatzansprüchen gegen sich gelten lassen müsse.

Gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Ein gesetzliches Recht zum Rücktritt vom Vertrag nach Unterbleiben der geforderten und geschuldeten Nachbesserung stand der Klägerin nicht zu.

a) Das bestellte Werk ist von der Klägerin abgenommen worden. Davon ist nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt auszugehen, da der zu hohe Druckverlust als bleibender Mangel des Werkes - wie auch die behobene Undichtigkeit des zweiten Wärmeaustauschers - erst beim Betrieb des Kondensators entdeckt worden ist.

b) Nach der Abnahme des Werkes aber stehen dem Besteller infolge der Konkretisierung der Leistung auf das hergestellte und abgelieferte Werk wegen eines Werkmangels nur noch die Rechte aus den §§ 633 - 635 BGB zu, dagegen nicht mehr solche aus den §§ 325, 326 BGB (vgl. Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, 1935, S. 205, 206; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 13. Bearb., § 151 II 2 f; Staudinger/Riedel, BGB, 11. Aufl., § 640 Rn. 15; Soergel/Siebert/Ballerstedt, BGB, 10. Aufl.,

§ 633 Rn. 9; Palandt/Thomas, BGB, 33. Aufl., Vorbem. vor § 633 Anm. 4 b). Der Anspruch auf Mängelbeseitigung als modifizierter Erfüllungsanspruch bewahrt dem Besteller zwar noch ein Leistungsverweigerungsrecht (§§ 320, 322 BGB) gegenüber dem mit der Abnahme fällig gewordenen Werklohnanspruch (BGHZ 26, 337, 339; BGH NJW 1970, 383, 386), beläßt ihm aber neben den Rechten aus den §§ 633 Abs. 3, 634 Abs. 1 Satz 3 und 635 BGB kein Rücktrittsrecht aus den §§ 325, 326 BGB. Die gesetzliche Sonderregelung für den Werkvertrag ist insoweit abschließend, auch wenn gesetzliche Gewährleistungsansprüche vertraglich abbedungen werden.

c) Irrig ist die Meinung des Berufungsgerichts, der - bei vertraglichem Ausschluß der Rechte aus den §§ 634, 635 BGB - im Fall einer verzögerten oder mißlungenen Nachbesserung in Betracht kommende Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Nachbesserungspflicht (vgl. Urteile des Senats vom 9. Mai 1957 - VII ZR 277/56 -; vom 18. Juni 1959 - VII ZR 181/58 - = LM Nr. 4 zu § 635 BGB; NJW 1963, 1148; vom 17. Oktober 1966 - VII ZR 164/64 -; BGHZ 48, 264; 54, 236) leite sich aus den §§ 325, 326 BGB ab, so daß entsprechend auch ein Rücktrittsrecht anerkannt werden könne. Ein solcher Schadensersatzanspruch leitet sich vielmehr, abgesehen von dem Verzögerungsschaden wegen verspäteter Nachbesserung (§ 286 BGB), aus positiver Vertragsverletzung her (so ausdrücklich: Urteile vom 9. Mai 1957 - VII ZR 277/56 - und vom 18. Juni 1959 - VII ZR 181/58 - = LM Nr. 4 zu § 635 BGB, auf die in den nachfolgenden Urteilen verwiesen ist; vgl. auch BGH NJW 1970, 383, 384 (VIII. ZS)). Insofern kommt ein gesetzliches Rücktrittsrecht nicht in Betracht.

2. Auch ein vertragliches Rücktrittsrecht ist der Klägerin nicht eingeräumt worden.

a) Während unter Nr. 3 GLB dem Besteller, unter Ausschluß weiterer Ansprüche, insbesondere auf Schadensersatz, ein Rücktrittsrecht für den Fall zugestanden ist, daß der Liefertermin um mehr als ein halbes Jahr überschritten wird, fehlt eine solche Bestimmung in Nr. 5 GLB. Dabei sind auch dort die Folgen einer verzögerten oder mißlungenen Nachbesserung bedacht und die gesetzlichen Ansprüche auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz ausdrücklich ausgeschlossen (Nr. 5 c, e, 1 Satz 2).

Allein dem Unternehmer ist nach erfolgloser Nachbesserung das Recht vorbehalten, vom Vertrag zurückzutreten (Nr. 5 i Satz 1). Insgesamt können diese Bestimmungen nicht anders verstanden werden, als daß dem Besteller ein Rücktrittsrecht für den Fall erfolgloser oder verweigerter Nachbesserung nicht zustehen soll. Die GLB enthalten insofern - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - keine Lücke. Eine Lücke ergibt sich erst, wenn - wie das hier der Fall ist - einzelne Bestimmungen der GLB nach Treu und Glauben unbeachtlich sind.

b) Die GLB der Beklagten unterscheiden sich in Hinsicht des Haftungsausschlusses wesentlich von den "Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Maschinen" der Vereinigung Deutscher Maschinenbauanstalten (VDMA) oder den "Allgemeinen Bedingungen für Lieferung von Hebezeugen, Fördermitteln und ähnlichen Maschinen" (ALB), mit deren Verbindlichkeit der Senat sich wiederholt befaßt hat (vgl. BGHZ 48, 264; 54, 236; NJW 1963, 1148; ferner Urteile vom 17. Oktober 1966 - VII ZR 164/64 - und vom

6. Dezember 1973 - VII ZR 17/72 - = Betr. 1974, 230; vgl. auch BGH NJW 1960, 1661). In diesen Allgemeinen Lieferungsbedingungen ist für den Fall der verzögerten, unterlassenen oder mißlungenen Nachbesserung dem Besteller ausdrücklich ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Mit Rücksicht darauf hat der Senat den Ausschluß der Schadensersatzpflicht in jenen Bedingungen noch als erträglich und nicht gegen Treu und Glauben verstoßend erachtet. Die GLB der Beklagten, die bewußt nur der Beklagten, nicht aber dem Besteller in diesen Fällen ein Rücktrittsrecht einräumen, sind dagegen, soweit der Ausschluß der Schadensersatzpflicht in Betracht kommt, nicht mehr mit Treu und Glauben vereinbar. Die Ausschlußklauseln der GLB sind daher insoweit unbeachtlich.

c) Dieses Ergebnis läßt sich auch nicht auf dem vom Berufungsgericht versuchten Wege ergänzender Auslegung der GLB vermeiden. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich eng auszulegen. Unklarheiten gehen zu Lasten dessen, der sie aufgestellt hat (BGHZ 22, 90, 96; 24, 39, 44; BGH NJW 1960, 1661; 1962, 388, 389; 1964, 2058, 2059; 1968, 591; 1968, 885; 1970, 383, 386; 1970, 2244, 2245; WM 1970, 903, 904; 1973, 1337). Trotzdem ist eine ergänzende Auslegung solcher Bedingungen nicht schlechthin ausgeschlossen (vgl. BGHZ 54, 106, 115; 60, 353, 362). Sie darf aber nicht einseitig die Interessen des Unternehmers berücksichtigen. Sie erfordert vielmehr eine angemessene Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen.

d) Das Berufungsgericht stützt seine ergänzende Auslegung darauf, daß sich das Gefüge der GLB der Beklagten in den Grundlinien nur erhalten lasse, wenn bei Verletzung

der Nachbesserungspflicht ein Rücktrittsrecht zu Gunsten des Werkbestellers als vereinbart anzunehmen sei. Damit richtet sich das Berufungsgericht bei seiner ergänzenden Vertragsauslegung zu sehr nach den Interessen des Unternehmers und läßt die Interessen des Bestellers außer acht. Es mag sein, daß die GLB, wenn die Beklagte sie von vornherein so gestaltet hätte, wie das Berufungsgericht sie jetzt ergänzen will, als mit § 242 BGB noch vereinbar hätten hingenommen werden müssen. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob das Gericht im Wege ergänzender Vertragsauslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen so verfahren darf, daß es gegen Treu und Glauben verstoßende Klauseln nur soweit abmildert und "entschärft", daß sie gerade noch tragbar erscheinen. Diese Frage ist zu verneinen. Das Gericht hat bei der ergänzenden Vertragsauslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht die Aufgabe, eine Fassung zu finden, die einerseits dem Unternehmer möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist. Das Gericht muß vielmehr insbesondere auch die Interessen des Bestellers angemessen berücksichtigen.

Aus diesen Gründen kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

e) Der Senat ist nicht in der Lage, eine angemessene ergänzende Auslegung zu treffen. Welche Regelung die Parteien verständigerweise vertraglich getroffen hätten, wenn sie sich der Vertragslücke bewußt gewesen wären, läßt sich hier überhaupt nicht mit genügender Sicherheit feststellen. Es kommen verschiedene rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht. Da somit ungewiß bleibt, welche Regelung die Parteien für den Fall der unterbliebenen oder

mißlungenen Nachbesserung redlicherweise getroffen hätten, ist eine ergänzende Vertragsauslegung hier nicht möglich. Es verbleibt daher dabei, daß die Klauseln der GLB, welche für diesen Fall die Schadensersatzpflicht der Beklagten ausschließen, als gegen Treu und Glauben verstoßend unbeachtlich sind.

Die Klägerin ist daher durch die GLB der Beklagten nicht gehindert, mit Rücksicht auf das - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von der Beklagten zu vertretende - Ausbleiben der Nachbesserung Ersatz des Schadens zu fordern, der ihr aus der Mangelhaftigkeit des bestellten Werkes erwachsen ist. Insoweit sind weitere Feststellungen erforderlich.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Erbel

Girisch

Meise

Recken