BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 189/08

Verkündet am:
21. Juli 2010
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 305 c, 307 Abs. 1 Bb, Cf, 536 a; BGB a.F. § 538

a) War ein Bauteil der Mietsache aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss bereits in diesem Zeitpunkt für ihren Zweck ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel der Mietsache vor.

b) Auch dritte, an einem Mietvertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen können in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet (im Anschluss an BGHZ 49, 350).

c) Ein Überraschungseffekt im Sinne von § 305 c BGB kann sich aus der Stellung der Klausel im Gesamtwerk der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Das ist etwa der Fall, wenn sie in einem systematischen Zusammenhang steht, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht (im Anschluss an das Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 - NJW 2010, 671).

BGH, Urteil vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juli 2010 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Prof. Dr. Wagenitz, Dose, Dr. Klinkhammer und Dr. Günter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. März 2008 teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Teilurteil der 23. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 2. August 2005 unter Zurückweisung des weiter gehenden Rechtsmittels abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 3 und 4 verpflichtet sind, der Klägerin Schmerzensgeld und Schadensersatz für alle immateriellen und materiellen Schäden, die ihr aufgrund des Unfallereignisses vom 15. August 1996 entstanden sind und zukünftig entstehen werden, einschließlich der materiellen und immateriellen Folgen ihrer Tinnituserkrankung, zu leisten, soweit die Ansprüche nicht auf Träger der gesetzlichen Sozialversicherung übergegangen sind.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz bleibt dem Schlussurteil vorbehalten mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1, die die Klägerin zu tragen hat, und der

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3 und 4, die diese selbst tragen.

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Klägerin in der Berufungsinstanz haben die Klägerin 1/3, die Beklagte zu 3 1/3 und die Beklagte zu 4 1/3 zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1 in der Berufungsinstanz hat die Klägerin zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3 und 4 tragen diese selbst.

Die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde und der Revisionsinstanz hat die Beklagte zu 4 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten im Revisionsverfahren um Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 4 aus einem Unfallgeschehen am 15. August 1996.

2 Die Klägerin war Angestellte der F. GmbH, die ihren Geschäftsbetrieb mittlerweile eingestellt hat. Die Geschäftsräume, in denen die Klägerin für die GmbH tätig war, waren von der Beklagten zu 4 angemietet. In § 6 des Formularmietvertrages war folgendes geregelt:

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 Aufrechung, Zurückbehaltung

1. Der Mieter kann ein Minderungsrecht am Mietzins nur ausüben, wenn er dies mindestens einen Monat vor Fälligkeit dem Vermieter schriftlich angekündigt hat. Der Mieter hat die Mietsache eingehend besichtigt, ihm stehen Mietminderungsansprüche wegen etwaiger Mängel im Zeitpunkt der Überlassung nicht zu. Eine Aufrechnung und Zurückbehaltung des Mieters gegenüber Forderungen auf Mietzins und Nebenkosten ist nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen zulässig.

2. Zurückbehaltung und Aufrechnung wegen Ansprüchen aus einem anderen Schuldverhältnis sind ausgeschlossen, es sei denn, es handele sich um unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen. Ersatzansprüche nach § 538 BGB sind ausgeschlossen, es sei denn, der Vermieter hat vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt. Gleiches gilt für Schadensersatzansprüche des Mieters bei nicht rechtzeitiger Freimachung oder Fertigstellung der Mietsache."

3 Die Mieträume waren 1990 fertig gestellt und wurden im Juli 1991 von der GmbH bezogen.

4 Am 15. August 1996 löste sich der in Kippstellung befindliche Fensterflügel im Arbeitszimmer der Klägerin aus dem Rahmen, traf die Klägerin auf den Hinterkopf und verletzte sie erheblich. Die Klägerin erlitt dadurch eine Schädelprellung bzw. ein Schädel-Hirntrauma sowie eine Peitschenschlagverletzung der HWS und eine Tinnituserkrankung. Mit der im August 1999 eingegangenen Klage hat die Klägerin Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten

begehrt. Über das Vermögen der Beklagten zu 2, die die Fenster mit Beschlägen versehen und diese eingebaut hatte, ist im Februar 2000 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Das Verfahren ist insoweit unterbrochen. Das Landgericht hat die Klage gegen die Beklagte zu 1, 3 und 4 abgewiesen. Die Beklagte zu 3 ist die Herstellerin der streitgegenständlichen Fensterbeschläge, der Beklagte zu 1 deren Kommanditist.

5 Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage gegen die Beklagte zu 3 unter Zurückweisung der weiter gehenden Berufung stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren gegen die Beklagte zu 4 weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg und führt zur antragsgemäßen Verurteilung auch der Beklagten zu 4.

I.

7 Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in ZMR 2008, 787 veröffentlicht ist, hat die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil hinsichtlich der Beklagten zu 4 als Vermieterin der Gewerberäume zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Feststellungsklage sei trotz der Möglichkeit zur teilweisen Bezifferung der Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche insgesamt zulässig. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass die Klägerin durch den heruntergefallenen bzw. herausgebrochenen rechten Flügel des in ihrem Arbeitszimmer befindlichen Fensters ver-

letzt worden sei. Das Herabfallen des Fensters sei nicht auf einen Bedienungsfehler der Klägerin, sondern auf die herausgedrehte Scharnierschraube zurückzuführen. Dies wiederum beruhe auf einem Konstruktionsfehler, zumal der Beschlagbolzen nicht hinreichend gegen ein Herausdrehen gesichert gewesen sei. Es sei üblich, einen Bandbolzen seitlich mittels eines kleinen Bolzens und einer kleinen Innensechskantschraube zu sichern. Eine solche Sicherung sei dem hier verwendeten selbstverklemmenden Gewinde vorzuziehen. Der Funktionsverlust des von der Beklagten zu 3 konstruierten Bandbolzens sei auf das Eindringen von Flüssigkeit wie Wasser und Fensterputzmittel mit entsprechenden fettlösenden Eigenschaften zurückzuführen. Die dann einsetzende Korrosion habe den Reibungswiderstand erhöht und die Funktionsfähigkeit des Bandbolzenscharniers beeinträchtigt, so dass sich der Bandbolzen im Gewindeteil gelöst und stückweise bei den Öffnungen des Fensters nach unten herausgedreht habe. Durch das Unfallgeschehen habe die Klägerin als Primärverletzung eine Schädelprellung bzw. ein Schädel-Hirntrauma sowie eine Peitschenschlagverletzung der HWS erlitten. Auch die von der Klägerin geltend gemachte Tinnituserkrankung sei auf das Unfallgeschehen zurückzuführen. Ein die Haftungsquote reduzierendes Mitverschulden der Klägerin sei nicht festzustellen.

8 Die Klage gegen die Beklagte zu 4 habe das Landgericht allerdings zu Recht abgewiesen. Zwar sei ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 4 aus § 538 Abs. 1 BGB a.F. durchaus zu erwägen. Die Klägerin sei zwar nicht selbst Partei des Mietvertrages, jedoch in den Schutzbereich des von ihrer Arbeitgeberin mit der Beklagten zu 4 am 8. Dezember 1992 abgeschlossenen Mietvertrages mit einbezogen worden. Die Haftung der Beklagten zu 4 sei allerdings in § 6 Nr. 2 des Mietvertrages wirksam auf die hier unzweifelhaft nicht vorliegenden Fälle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handels des Vermieters beschränkt worden. Die Haftung des Vermieters nach § 538 BGB a. F. könne grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen oder begrenzt werden und zwar

auch durch Formularvertrag wegen Mängeln der Mietsache, die nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt seien. Der vorliegende Haftungsausschluss für fahrlässiges Handeln des Vermieters sei im Gewerberaummietrecht zulässig. Zwar habe der Bundesgerichtshof für die Wohnraummiete einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit für unwirksam erachtet, wenn es sich um die Verletzung vertragswesentlicher Pflichten, also um Kardinalpflichten des Vermieters handele, auf deren Erfüllung der Mieter angewiesen sei. Das sei der Fall, wenn sich der Mieter von diesem Schadensrisiko nicht durch Abschluss eines allgemein angebotenen Versicherungsvertrages schützen könne. Davon könne bei Wohnraummietverträgen, nicht aber bei Gewerberaummietverträgen ausgegangen werden. Eine Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses in § 6 Nr. 2 Satz 2 des Mietvertrages ergebe sich auch nicht aus einer Verletzung des in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Transparenzgebots. Die mietvertragliche Ausschlussklausel sei hinreichend klar und verständlich formuliert. Die von der Klägerin in Bezug genommene Rechtsprechung zu Klauseln, in denen auf gesetzliche Vorschriften Bezug genommen werde, ohne diese in ihrem Inhalt zu beschreiben, sei nicht einschlägig. Die Klausel sei nicht einschränkend auf materielle Folgeschäden unter Ausschluss von Gesundheitsschäden auszulegen.

9 Eine Haftung der Beklagten zu 4 aus § 836 Abs. 1 BGB scheitere daran, dass sie den ihr gemäß § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB obliegenden Entlastungsbeweis geführt habe. Sie habe die zur Abwendung der Gefahr im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet. Die erstmals in der Berufungsbegründung aufgestellte Behauptung, die Zeugin M. habe den Hausmeister S. bereits vor dem Unfall mehrfach darauf hingewiesen, dass sich Fenster gelöst hatten und nur im letzten Moment aufgefangen werden konnten, sei gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht mehr zuzulassen.

II.

10 Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 1. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 4 der Klägerin gemäß § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. (jetzt § 536 a Abs.1 1. Alt. BGB) für den Schaden aus dem Unfallgeschehen vom 15. August 1996 ersatzpflichtig.

12 a) Die Beklagte zu 4 haftet aus der Garantiehaftung des § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. für die Schäden der Klägerin.

13 aa) Die Fenster in den gemieteten Gewerberäumen waren mit einem Konstruktionsfehler behaftet, der eine Abweichung der Istbeschaffenheit von der vertraglich vorgesehenen Sollbeschaffenheit und somit einen Fehler der Mietsache begründet. Indem der Beschlagbolzen des Fensterflügels durch einen Konstruktionsfehler nicht hinreichend gegen ein Herausdrehen gesichert war, war diese Sollbeschaffenheit nicht sicher gestellt. Weil sich der Fehler des Beschlagbolzens auf die Belüftung der Büroräume und somit auf den konkreten Mietgebrauch auswirkte, begründete er einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 538 Abs. 1 BGB a.F. (vgl. Senatsurteil vom 15. Oktober 2008 - XII ZR 1/07 - NJW 2009, 664 Tz. 18 ff.).

14 bb) Der Mangel der Mietsache war bereits bei Fertigstellung und Übergabe der Mietsache sowie bei Abschluss des Mietvertrages vorhanden. Damit handelt es sich um einen anfänglichen Mangel im Sinne des § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F., der eine Garantiehaftung des Vermieters auslöst. Entscheidend für die Einstufung als anfänglicher Mangel ist nicht, wann durch den vorhandenen Mangel ein Schaden entstanden ist, sondern ob der Mangel selbst bereits bei

Vertragsschluss vorhanden war. Das ist auch dann der Fall, wenn der Mangel und die daraus folgende Gefahr der Mieterin bei Vertragschluss noch nicht bekannt waren (RGZ 81, 200, 202). Die Abgrenzung zwischen der auf einem anfänglichen Mangel beruhenden Garantiehaftung und der verschuldensabhängigen Haftung aufgrund eines nachträglich entstandenen Mangels kann allerdings schwierig sein, wenn - wie hier - ein Bauteil der Mieträume erst später funktionsuntüchtig geworden ist. Beruht dies allein auf Alterungs- oder Verschleißprozessen, entsteht der Mangel erst später mit dem Verschleiß. Nicht jedes später funktionsuntüchtig werdende Bauteil kann also bereits als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses latent mangelhaft angesehen werden. War ein Bauteil aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss allerdings bereits in diesem Zeitpunkt für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel vor (Hübner/ Griesbach/Schreiber in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 14 Rdn. 316; Staudinger/Emmerich BGB [2006] § 536 a Rdn. 3, 8; BGH Urteil vom 27. März 1972 - VIII ZR 177/70 - NJW 1972, 944, 945; BVerfG NJW-RR 1999, 519, 520).

15 Anfänglich ist ein Mangel also dann, wenn sich die Schadensursache in die Zeit vor Vertragsschluss zurückverfolgen lässt. Ein Baufehler ist auch dann ein anfänglicher Mangel, wenn er den Mietgebrauch erst später konkret beeinträchtigt oder für einen Schaden des Mieters ursächlich wird (vgl. BGH Urteil vom 22. Januar 1968 – VIII ZR 195/65 – NJW 1968, 885, 886; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 332; Bub/Treier/Kraemer Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. III Rdn. 1380). Ausreichend ist mithin, wenn bei Vertragsschluss die Gefahrenquelle vorhanden war oder die Schadensursache vorlag (Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 536 a Rdn. 7). Wenn der

Mieter bei Kenntnis des Zustands der Mietsache von dem Vermieter Abhilfe verlangen könnte, liegt bereits in diesem Zeitpunkt ein Mangel vor.

16 Danach lag im vorliegenden Fall ein anfänglicher Mangel vor, weil das spätere Schadensereignis und die Verletzung der Klägerin auf einen Konstruktionsmangel zurückzuführen sind, der dem Beschlag des Fensterflügels schon bei Vertragsschluss anhaftete. Das Schadensereignis ist nicht etwa auf bloßen Verschleiß zurückzuführen, sondern darauf, dass die Konstruktion zwangsläufig zu dem späteren Schaden führte und lediglich der Schadenseintritt noch ungewiss war. Insoweit unterscheidet sich der Fall von dem der Entscheidung des BGH vom 26. März 1957 (VIII ZR 6/56 – LM Nr. 3 zu § 538 BGB) zugrunde liegenden Fall. Dort lag allein durch die unzweckmäßige Verlegung der Wasserleitung für sich genommen noch kein Mangel vor.

17 cc) Weil der Schadensersatzanspruch somit auf der Garantiehaftung der Vermieterin aus § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. beruht, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte zu 4 auch ein Verschulden an dem Mangel der Mietsache trifft.

18 b) Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. zu, obwohl sie selbst nicht Mieterin der Gewerberäume der Beklagten zu 4 ist. Denn sie ist als Angestellte der Mieterin in den Schutzbereich des Mietvertrages mit der Beklagten zu 4 einbezogen.

19 aa) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch dritte, an einem Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden können. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet. Zu den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte gehört insbesondere auch der Mietvertrag (BGHZ 49, 350, 353 = WM 1968, 438, 439 m.w.N.). Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages beruht darauf, dass die dritte Person

wie der Mieter selbst mit der Leistung des Vermieters in Berührung kommt, also eine gewisse Leistungsnähe vorliegt. Weiter ist erforderlich, dass der Mieter der dritten Person etwa aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zu gewährleisten hat, was ein Einbeziehungsinteresse des Dritten begründet und dies für den Vermieter erkennbar ist. Dann entspricht es Sinn und Zweck des Vertrages sowie Treu und Glauben, dass dem Dritten der Schutz des Vertrages in gleicher Weise zugute kommt wie dem Gläubiger selbst (BGHZ 49, 350, 353 f. = NJW 1968, 885, 887; Schmidt-Futterer/Eisenschmid aaO § 536 a Rdn. 77).

20 bb) Auf der Grundlage dieser ständigen Rechtsprechung ist die Klägerin in den Schutzbereich des Vertrages ihrer Arbeitgeberin mit der Beklagten zu 4 einbezogen. Als Arbeitnehmerin hatte sie zu den angemieteten Büroräumen eine ebenso starke Leistungsnähe wie die Vermieterin selbst. Die Mieterin ist ihr aufgrund des Dienstverhältnisses zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, was ein Interesse an der Einbeziehung der Klägerin in die Schutzwirkungen des Vertrages begründet. Schadensersatzansprüche nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. stehen somit auch der Klägerin persönlich zu.

21 2. Die Garantiehaftung der Beklagten zu 4 aus § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. ist entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen worden.

22 a) Zwar ist § 538 Abs. 1 BGB a.F. (jetzt § 536 a Abs. 1 BGB) dispositiv, so dass individualvertraglich abweichende Abreden in den Grenzen der §§ 540 BGB a.F. (jetzt § 536 d BGB), 138, 242 BGB zulässig sind (Staudinger/Emmerich aaO § 536 a Rdn. 44; Schmidt-Futterer/Eisenschmid aaO § 536 a Rdn. 101; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 536 a Rdn. 36). Die verschuldensunabhängige Garantiehaftung des § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. (jetzt § 536 a

Abs. 1 1. Alt. BGB) kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch durch Formularverträge wirksam abbedungen werden (Senatsurteile vom 3. Juli 2002 - XII ZR 327/00 - NJW 2002, 3232, 3233; vom 27. Januar 1993 - XI ZR 141/91 - NJW-RR 1993, 519, 520 und vom 4. Oktober 1990 - XII ZR 46/90 - NJW-RR 1991, 74, 75; Staudinger/Emmerich aaO § 536 a Rdn. 45; Blank/Börstinghaus aaO § 536 a Rdn. 36). Darauf, ob im Gewerberaummietrecht die verschuldensabhängige Haftung nach § 538 Abs. 1 2. Alt. BGB a.F. (jetzt § 536 a Abs. 1 2. Alt. BGB) ebenfalls durch Formularverträge ausgeschlossen werden kann oder dies besonderen Schranken unterliegt (zum Wohnungsmietrecht vgl. BGHZ 149, 89 96 ff. = NJW 2002, 673, 675 und Staudinger/Emmerich aaO § 536 a Rdn. 45), kommt es hier nicht an, weil die Beklagte zu 4 verschuldensunabhängig auf der Grundlage der Garantiehaftung des § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. haftet.

23 b) Der im Vertrag zwischen der Beklagten zu 4 und der Arbeitgeberin der Klägerin vereinbarte - grundsätzlich zulässige - Haftungsausschluss scheitert hier bereits an § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB).

24 Die grundsätzlich zulässige Abänderung dispositiver gesetzlicher Regelungen durch allgemeine Geschäftsbedingungen findet ihre Grenzen in den Vorschriften des früheren AGB-Gesetzes (jetzt §§ 305 ff. BGB). Zwar sind die Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG a.F. (jetzt §§ 308, 309 BGB) nach § 24 Satz 1 AGBG a.F. (jetzt § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht anwendbar, wenn sie im Rahmen eines gewerblichen Mietvertrages gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Auch in solchen Fällen kann die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG a.F. (jetzt § 307 BGB) allerdings zur Unwirksamkeit einer allgemeinen Geschäftsbedingung führen, insbesondere wenn sich die Regelung noch weiter als im Rahmen der mietrechtlichen Praxis erforderlich vom gesetzlichen Leitbild entfernt und zu einer unangemessenen Verschärfung der vertraglichen Pflich-

ten zu Lasten des Mieters führt oder wenn ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 9 AGBG a.F. (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz 9. Aufl. § 9 Rdn. 87 ff.; jetzt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) vorliegt. Außerdem müssen sich allgemeine Geschäftsbedingungen an § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB) messen lassen, wonach überraschende oder mehrdeutige Klauseln nicht Vertragsbestandteil werden. Die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vorliegende Formularvereinbarung verstößt gegen diese Vorschriften.

25 aa) Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist überraschend im Sinne von § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c Abs. 1 BGB), wenn sie nach ihrem Inhalt oder nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihr zu rechnen brauchte.

26 Der Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel der Mietsache ändert zwar die gesetzlich in § 538 Abs. 1 1. Alt. BGB a.F. vorgegebene Rechtslage ab. Eine solche vertragliche Vereinbarung ist aber - wie auch der Rechtsprechung des Senats zu entnehmen ist - durchaus gebräuchlich und nicht ungewöhnlich. Der Bundesgerichtshof und auch der Senat haben wiederholt über die Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen mit Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel der Mietsache entschieden (Senatsurteile vom 3. Juli 2002 - XII ZR 327/00 - NJW 2002, 3232, 3233; vom 27. Januar 1993 - XI ZR 141/91 - NJW-RR 1993, 519, 520 und vom 4. Oktober 1990 - XII ZR 46/90 - NJW-RR 1991, 74, 75). Die Arbeitgeberin der Klägerin als Mieterin musste folglich bei Abschluss des Vertrages auch mit einer solchen Klausel rechnen, was der in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogenen Klägerin zuzurechnen ist.

27 Ein Überraschungseffekt im Sinne von § 3 AGBG a.F. (jetzt § 305 c BGB) kann sich aber auch aus der Stellung der Klausel im Gesamtwerk der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Dabei kommt es allerdings nicht darauf an, an welcher Stelle des Klauselwerks die entsprechende Klausel steht, weil alle Bestimmungen grundsätzlich gleich bedeutsam sind und nicht durch die Platzierung einer Vorschrift im Klauselwerk auf deren Bedeutung geschlossen werden kann. Aus der Stellung der Klausel kann sich ein Überraschungseffekt vielmehr dann ergeben, wenn diese in einem systematischen Zusammenhang steht, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht (Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 - NJW 2010, 671 Tz. 16 f.). Das ist hier allerdings der Fall. Der Ausschluss der Garantiehaftung für anfängliche Mängel ist in § 6 Nr. 2 des Formularmietvertrages geregelt, der mit "§ 6 Aufrechnung, Zurückbehaltung" überschrieben ist. In Nummer 1 der Vorschrift ist eine Mietminderung für vorhandene Mängel ausgeschlossen und das Recht der Mieterin zur Aufrechnung und Zurückbehaltung des Mietzinses geregelt. Nummer 2 der Vorschrift schränkt ergänzend auch das Zurückbehaltungsrecht und die Aufrechnung mit streitigen und noch nicht rechtskräftig festgestellten Forderungen aus einem anderen Rechtsverhältnis ein. Innerhalb dieses Regelungszusammenhangs sind sodann auch "Ersatzansprüche nach § 538 BGB" a.F. ausgeschlossen. Diese Stellung ist so ungewöhnlich, dass die Mieterin als Vertragspartnerin des Verwenders der AGB nicht damit rechnen musste. Nach § 305 c Abs. 1 BGB ist die Vorschrift deswegen nicht Vertragsbestandteil geworden.

28 bb) Ob die genannte Klausel auch der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) standhält, kann deswegen dahinstehen.

29 (1) Allerdings sind nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn

sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz aaO § 9 Rdn. 87 ff., jetzt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB; zum Verhältnis zu § 305 c Abs. 1 BGB Staudinger/Köster BGB [2006] § 307 Rdn. 172, 208). Nach diesem Transparenzgebot sind Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (Palandt/Grüneberg BGB 69. Aufl. § 307 Rdn. 17). Dazu gehört auch, dass allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGHZ 164, 11, 16 = NJW-RR 2005, 1496, 1498 und 165, 12, 21 f. = NJW 2006, 996, 997 f. m.w.N.; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 10. Aufl. § 307 BGB Rdn. 335). Bei der Bewertung der Transparenz ist auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (Senatsurteile vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08 - NJW 2010, 671 Tz. 22; vom 7. Mai 2008 - XII ZR 5/06 - GuT 2008, 339 Tz. 18; vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NZM 2007, 516 Tz. 14 und vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057 Tz. 14 f.). Dabei sind allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Senatsurteil BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 Tz. 14).

30 Zwar ist das Transparenzgebot im Geschäftsverkehr mit Unternehmen nicht in gleicher Strenge wie gegenüber Verbrauchern anzuwenden. Insbesondere kann bei Unternehmen aufgrund ihrer Geschäftserfahrung sowie aufgrund

der Maßgeblichkeit von Handelsgewohnheiten und Handelsbräuchen von einer besseren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeit ausgegangen werden (Senatsurteil vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NZM 2007, 516 Tz. 19; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht aaO § 307 BGB Rdn. 371 ff.). Deswegen kann ihnen aber nicht zugleich ein umfassendes juristisches Verständnis unterstellt werden.

31 Ob eine Formularklausel der gebotenen Transparenz nur dann stand hält, wenn sie aus sich heraus verständlich ist (OLG Schleswig NJW 1995, 2858, 2859; OLG Köln 6 U 72/97 veröffentlicht bei juris; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1150, 1152; Schmidt-Futterer/Blank aaO § 545 Rdn. 31; vgl. auch Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht aaO § 307 BGB Rdn. 338) und lediglich ergänzend die gesetzliche Vorschrift hinzufügt (vgl. insoweit BGH Urteil vom 15. Mai 1981 - VIII ZR 38/90 - NJW 1991, 1750, 1751) oder der bloße Ausschluss von „Ersatzansprüchen“ unter Bezug auf eine gesetzliche Vorschrift dem Transparenzgebot genügt, kann hier dahinstehen.

32 (2) Ebenso kann dahinstehen, ob der Ausschluss der Haftung für leicht fahrlässig verursachte spätere Mängel der Mietsache auch hinsichtlich typischer Gefahren für Leben und Gesundheit wirksam ist und das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel führt.

33 3. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 4 der in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogenen Klägerin für die auf dem anfänglichen Mangel der Mietsache beruhenden Schäden ersatzpflichtig. Der Anspruch ist durch die Formularklausel des § 6 Nr. 2 Satz 2 nicht wirksam abbedungen. Die Feststellungsklage hat deswegen auch gegen die Beklagte zu 4 Erfolg.

Hahne Wagenitz Dose

Klinkhammer Günter

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 02.08.2005 - 2/23 O 35/05 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 19.03.2008 - 4 U 167/05 -