

2

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 114/93

Verkündet am:
18. Mai 1995
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

A [REDACTED] Vermögensverwaltungs-GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Dieter A [REDACTED], W [REDACTED], E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

D [REDACTED]-B [REDACTED] A [REDACTED] AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden, O [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 1995 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Juli 1993 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Rechtsvorgänger der Klägerin und Vater des Geschäftsführers der Klägerin (künftig: A■■■■■) betrieb eine Rindermast und eine Kornbrennerei. Er wollte die in diesen Bereichen entstehenden tierischen (Gülle) und pflanzlichen (Schlempe) Abfälle umweltfreundlich zur Erzeugung von Energie nutzen und weiterverwerten. Zu diesem Zweck wandte er sich an die Rechtsvorgängerin der Beklagten (künftig: Beklagte), die im Sommer 1982 auf einem Messestand mit einer von ihr erstellten Biogasanlage in I■■■■■ geworben hatte.

Nach Verhandlungen unterzeichneten A■■■■■ und die Beklagte am 26. September 1984 einen Vertrag, mit dem die Beklagte die Gewähr u.a. dafür übernahm, daß ihre Leistungen die vertraglich zugesicherten Eigenschaften haben und "die erforderlichen technischen Bedingungen geschaffen sind", "damit die Leistungsdaten gemäß Anl. 6 nach einer angemessenen Betriebsdauer von sechs Monaten bei sachgerechtem und bestimmungsgemäßem Betrieb erreicht werden". Für den Gewährleistungsfall verpflichtete sie sich, Fehler zu beseitigen und im Falle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Fehlerbeseitigung die Vergütung zu mindern. Andere Ansprüche wegen Mängeln sollten ebenso ausgeschlossen sein wie die Haftung außerhalb der Gewährleistung außer im Falle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Die von Anfang August 1984 bis Dezember 1985 errichtete Anlage brachte nach Inbetriebnahme keine zufriedenstellende Leistung. Während die Klägerin die Ursache dafür in der von der Beklagten angewendeten Verfahrenstechnik sieht, führt

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos (mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



die Beklagte sie auf eine Schlempe anderer als der erwarteten und üblichen Konsistenz zurück. Nach Vorlage eines von beiden Parteien in Auftrag gegebenen Gutachtens bot die Beklagte Nachbesserung an und forderte 95 % der vereinbarten Vergütung. A. verlangte neue Verhandlungen über die Finanzierung des Projekts und über die Abgrenzung der von den Vertragsparteien zu erbringenden Leistungen (sogenannter Schnittstellenplan). Zu einer Einigung kam es nicht.

Die Klägerin, der A. seinen Betrieb übertragen und seine Ansprüche abgetreten hat, verlangt von der Beklagten Ersatz des Vertrauensschadens im Teilbetrag von 500.000,-- DM, Freistellung von allen Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten und Dritten, die A. zum Zwecke der Errichtung der Biogas- und der Ethanol-Anlage eingegangen ist, sowie die Feststellung, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist, daß A. auf die Funktionstüchtigkeit der Anlage vertraute. A. habe den Vertrag nur abgeschlossen, weil der Mitarbeiter B. der Beklagten und Dr. B. ihn darin bestärkt hätten, die Beklagte besitze das "Know-how", um eine Biogasanlage der gewünschten Art funktionsfähig zu erstellen. Bei pflichtgemäßer Aufklärung auch über das Risiko eines solchen Entwicklungsprojekts hätte A. den Vertrag nicht abgeschlossen und die Herstellungskosten der Anlage sowie deren nunmehr erforderliche Abbruchkosten und andere Folgekosten sowie die Herstellungskosten einer im Vertrauen auf die Funktionsfähigkeit der Biogasanlage errichteten Bio-Ethanol-Anlage erspart. Ferner habe die Beklagte den A. entstandenen Nichterfüllungsschaden zu ersetzen, der darüber

hinaus in den Mehrkosten für Heizöl, entgangenem Erlös für den Verkauf des erwarteten Biosubstrats und den angefallenen Kosten für die Entsorgung der Schlempe bestehe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr bisheriges Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Ansprüche nach § 635 BGB hat das Berufungsgericht verneint, weil die Beklagte die Gewährleistung für Mängel in Ziff. 7.4 bis 7.6 des Vertrages wirksam auf Mängelbeseitigung bzw. Minderung beschränkt habe; andere auf das Vorhandensein von Mängeln gestützte Ansprüche seien durch Individualvertrag (§ 1 Abs. 2 AGBG) wirksam ausgeschlossen. Zur Begründung hat es auf das landgerichtliche Urteil verwiesen. Dieses verweist seinerseits auf seine Ausführungen zu Ziff. 8 des Vertrages. Daß der Vertrag ausgehandelt worden sei, ergebe sich aus dem Schreiben A [REDACTED] vom 9. Juli 1984, nach welchem ihm die Beklagte mehrere Vertragsentwürfe zur Stellungnahme übersandt habe. Die Beklagte habe ferner unwidersprochen vorgetragen, daß sie Änderungswünschen A [REDACTED] [REDACTED] nachgekommen sei.

1. Die Annahme eines wirksamen Haftungsausschlusses hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Nicht zu beanstanden ist es freilich, wenn das Berufungsgericht die zwischen A [REDACTED] und der Beklagten zustande gekommenen Vertragsbeziehungen dem Recht des Werkvertrages unterstellt und die Frage der Haftungsbeschränkung grundsätzlich an § 637 BGB mißt. Das greift die Revision nicht an. Rechtsfehler sind hierzu nicht ersichtlich.

b) Das Berufungsgericht hat jedoch die rechtlichen Voraussetzungen einer Individualvereinbarung verkannt. Das Landgericht, auf dessen Entscheidung das Berufungsgericht zu diesem Punkt Bezug nimmt, ging erkennbar davon aus, eine Individualvereinbarung liege schon dann vor, wenn die Parteien die einzelnen Vertragsbedingungen durchgesprochen hätten. Das verkennt rechtsfehlerhaft den Begriff des "Aushandelns" im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG, was das Berufungsgericht ohne Rüge zu beachten hatte. Ein "Aushandeln" ergibt sich weder daraus, daß die Beklagte A [REDACTED] mehrere Vertragsentwürfe zur Auswahl zugesandt hat, noch aus dem (bestrittenen) Vortrag der Beklagten, sie sei Änderungswünschen A [REDACTED] nachgekommen und sämtliche Klauseln seien zwischen den Beteiligten eingehend verhandelt worden. Aus all dem ergibt sich nur, daß die Parteien über die Vertragsklauseln gesprochen haben. Ein "Aushandeln" vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 2 AGBG ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes jedoch erst dann anzunehmen, wenn der Verwender die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden Geschäftsbedingungen ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner einen Einfluß auf die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen tatsächlich einräumt (vgl. BGH, Urt. v. 25.06.1992 - VII ZR 128/91, NJW 1992, 2759, 2760 zu II 2 b;

Urt. v. 26.02.1992 - XII ZR 129/90, NJW 1992, 2283, 2285 zu II 4; Urt. v. 10.10.1991 - VII ZR 289/90, NJW 1992, 1107, 1108 zu II 2 b aa, bb). Die von der Beklagten dargelegte Änderung der Haftungsbeschränkungsklauseln Ziff. 7.6 und 8.1 des Vertrages erweist eine Änderung lediglich in der Formulierung, nicht aber im wesentlichen Inhalt der Klauseln und stützt eher den unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin, die von A [REDACTED] und seinem damaligen Anwalt gewünschten Änderungen seien von der Beklagten abgelehnt worden, weil diese Regelungen ständig verwendet würden und im Einzelfalle A [REDACTED] nicht abgeändert werden könnten. Auch Feststellungen dazu, daß die Haftungsbeschränkung entgegen dem Vortrag der Klägerin nicht für eine Vielzahl von Fällen und damit in der Absicht der Wiederverwendung vorformuliert (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG) ist, fehlen.

Der Haftungsausschluß gemäß Ziff. 7.4 bis 7.6 des Vertrages hält einer Prüfung an den Vorschriften des AGBG nicht stand. Er verstößt gegen § 9 Abs. 1, § 11 Nr. 10 b, Nr. 11 AGBG. Die Regelung in Ziff. 7.4 bis 7.6 des Vertrages beschränkt die Rechte des Bestellers auf Nachbesserung und Minderung, nimmt ihm also das Recht zur Wandelung; zudem gilt dieser Gewährleistungsausschluß auch für die Fälle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft, obwohl die Gewährleistungsrechte bei Zusicherungen nicht durch formularmäßige Freizeichnungen beschränkt werden können. Es handelt sich um grundlegende Regelungen (BGHZ 93, 338, 342; BGHZ 93, 29, 62 f.; Urt. v. 25.02.1981 - VIII ZR 35/80, NJW 1981, 1501). Deren Ausschluß ist auch im vollkaufmännischen Verkehr grundsätzlich unangemessen (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.1991

- VIII ZR 231/90, NJW 1991, 2631; Urt. v. 14.07.1993
- VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436 zum Ausschluß von Wandelung und Minderung).

2. Die Abweisung der Klage - soweit sie auf § 635 BGB gestützt ist - hat auch nicht aus anderen Gründen Bestand (§ 563 ZPO). Die Klägerin hatte die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 635 BGB - soweit erforderlich - vorgetragen. Die Beklagte hatte diese überwiegend bestritten. Das Berufungsgericht hat hierzu - von seinem Standpunkt zu Recht - keine Feststellungen getroffen. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 564 ZPO). Eine eigene Entscheidung des Senats kommt nicht in Betracht (§ 565 Abs. 3 ZPO). Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben wird (§ 565 Abs. 1 ZPO).

3. Bei der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits wird das Berufungsgericht zunächst zu klären haben, ob und gegebenenfalls welche Bedingungen des Vertrages zwischen den Parteien im einzelnen "ausgehandelt" sind. Soweit das Berufungsgericht nach Erhebung der angebotenen Beweise von einem Formularvertrag oder allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgehen sollte, wird es zu prüfen haben, ob die Beklagte die gemäß Anl. 6 übernommene "Leistungsgarantie" verletzt hat und ob diese "Leistungsgarantie" in nachzuholender tatrichterlicher Auslegung des Vertrages entsprechend einer weitverbreiteten Übung bei sogenannten Anlageverträgen als unselbständige Garantie (vgl. BGHZ 65, 107, 109; BGH, Urt. v. 20.09.1973 - VII ZR 207/72, BB 1973, 1511, 1512 zu 1;

Nicklisch, Bau- und Anlagenverträge 1982, 107 f.; Schlotke, ebenda, S. 155, 157 f.; Lück/Zimmermann, ebenda, S. 219 f.; Nicklisch, Vertragsstrukturen und Risiken des Projekterstellers bei internationalen BOT-Projekten, Festschrift für Nirk 1992, 735, 743; vgl. Molls, ZfBR 1981, 1, 4; v. Westphalen, BB 1971, 1126, 1131) oder als Eigenschaftszusicherung (vgl. BGHZ 96, 111, 114 f.; BGHZ 54, 236, 238) zu werten ist.

Zur (erhobenen) Verjährungseinrede ist darauf hinzuweisen, daß zum einen einzelne geltend gemachte Schäden wie etwa die Herstellungskosten der Bio-Ethanol-Anlage möglicherweise als entfernte Mangelfolgeschäden zu beurteilen sind und daher nicht nach § 638 BGB verjähren und daß zum anderen die Beklagte möglicherweise ein Bauwerk zu erstellen hatte, jedenfalls aber die Regelung einer Gewährleistungszeit von höchstens 12 Monaten gemäß Ziff. 7.3 des Vertrages an § 9 Abs. 1, § 11 Nr. 10 lit. f. AGBG möglicherweise unwirksam ist. Zu Ziff. 8.1 und 8.2 des Vertrages wird das Berufungsgericht Gelegenheit haben, sich mit dem Einwand der Klägerin auseinanderzusetzen, diese Bestimmungen seien unangemessen, weil sie über § 11 Nr. 7 AGBG hinaus auch bereits entstandene Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß ausschließen.

Schließlich wird das Berufungsgericht bei der erneuten Befassung mit der Sache unter Umständen zu berücksichtigen haben, daß seine Ausführungen zu einer Verneinung von Ansprüchen der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsschluß rechtsfehlerhaft sind. Für die Frage, ob sich die Beklagte des Zeugen Dr. Bö[REDACTED] als Erfüllungsgehilfen bedient hat, kommt es allein darauf an, ob dieser nach den tatsächlichen

Umständen mit dem Willen der Beklagten bei der Erfüllung einer dieser obliegenden Verbindlichkeit tätig wurde. Aus welchem Grund das geschah und ob der Zeuge Dr. Bö[REDACTED] erkannte, daß die Beklagte ihn zur Erfüllung ihrer eigenen Vertragspflichten tätig werden ließ, ist unerheblich. Maßgebend ist nur, ob sich seine Tätigkeit als eine von der Beklagten gewollte und gebilligte Mitwirkung bei den Vertragsverhandlungen darstellte (vgl. BGHZ 98, 330, 334; BGHZ 13, 111, 113 f.). Ein von einem Erfüllungsgehilfen zugezogener weiterer Gehilfe ist nicht ohne weiteres Erfüllungsgehilfe des Schuldners. Der Schuldner haftet aber dann für diesen zweiten Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB, wenn der (erste) Erfüllungsgehilfe des Schuldners befugt war, weitere Personen als Erfüllungsgehilfen zuzuziehen. In einem solchen Falle haftet der Schuldner für die weitere Person als Erfüllungsgehilfe selbst dann, wenn er nicht erfahren hat, daß eine und welche weitere Person zugezogen worden ist. Diese Befugnis kann stillschweigend durch schlüssiges Verhalten erteilt werden. Gegebenenfalls muß sich der Schuldner nach der Verkehrsauffassung aufgrund der Umstände so behandeln lassen, als ob er seinen (ersten) Erfüllungsgehilfen zur Hinzuziehung weiterer Erfüllungsgehilfen befugt hätte (vgl. BGH, Urt. v. 18.10.1951 - III ZR 138/50, LM § 278 BGB Nr. 2/3 zu Ziff. 2; weitergehend Hanau in MünchKomm., BGB 3. Aufl., § 278 Rz. 15 zu Fn. 68). Eine schuldhaftes Pflichtverletzung seitens Dr. Bö[REDACTED], für die die Beklagte einzustehen hätte, ist derzeit nicht auszuschließen; dazu würde bereits genügen, daß der Vertrag durch eine pflichtwidrig unvollständige oder die Risiken verharmlosende Einwirkung auf die Willensbildung (vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1987 - VII ZR 208/86, BB 1987, 1843, 1844 zu Ziff. 4 a, b) zustande gekommen ist.

Auch die kumulative Verursachung des Vertragsschlusses durch B[REDACTED] und durch Dr. Bö[REDACTED] könnte zur Bejahung einer Haftung genügen. Insoweit wird das Berufungsgericht gegebenenfalls festzustellen haben, ob und welche Äußerungen dieser Personen zu dem Abschluß des Vertrages auf seiten A[REDACTED] geführt haben.

Rogge

Jestaedt

Maltzahn

Melullis

Greiner