Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs bei Verkauf eines Kfz durch eine GmbH

1. **Der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH an einen Verbraucher fällt, auch soweit es sich um branchenfremde Nebengeschäfte handelt, im Zweifel unter die Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB zum Verbrauchsgüterkauf (im Anschluss an BGH, Urt. v. 09.12.2008 – XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126).**

2. **Beim Verbrauchsgüterkauf ist bei einem behebbaren Sachmangel eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Vertrag auch im Falle eines – unwirksamen – formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses nicht entbehrlich (Aufgabe von Senat, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31).**

BGH, Urteil vom 13.07.2011 – VIII ZR 215/10

Sachverhalt: Der Ehemann der Klägerin (im Folgenden: Zedent) kaufte am 29.12.2006 von der Beklagten unter Ausschluss jeglicher Gewährleistungsrechte einen gebrauchten, sieben Jahre alten Pkw Renault Espace zum Preis von 7.540 €. Das Fahrzeug wurde am selben Tag bezahlt und übergeben. Mit Anwaltsschreiben vom 10.01.2007 erklärte der Zedent die Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung mit der Begründung, die Beklagte habe ein Klappergeräusch im Motorbereich verschwiegen. Die Beklagte erwiderte mit Anwaltsschreiben vom 18.01.2007, das Fahrzeug sei zum Zeitpunkt der Übergabe mangelfrei gewesen, wies die Anfechtung zurück und lehnte eine Rückabwicklung ab.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin aus abgetretenem Recht des Zedenten Zahlung von 7.540 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs sowie Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagte – unter Abzug von Nutzungswertersatz in Höhe von 118 € – zur Zahlung von 7.422 € nebst Zinsen verurteilt und dem Feststellungsantrag entsprochen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen: [4] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[5] Anhaltspunkte für eine Rückabwicklung des Vertrags nach § 812 BGB lägen nicht vor. Der Kaufvertrag sei nicht wegen der vom Zedenten erklärten Anfechtung von Anfang an unwirksam. Denn der Nachweis eines arglistigen Verhaltens des Geschäftsführers der Beklagten sei der Klägerin nicht gelungen.

[6] Die Klägerin habe aber gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gemäß §§ 437, 440, 323 BGB. Ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen *B* stehe mit hinreichender Sicherheit fest, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft i. S. des § 434 BGB gewesen sei. Der Sachverständige habe zwar festgestellt, dass sich sowohl das Motorgeräusch als auch das Schleifgeräusch in der Kurvenfahrt nicht auf mechanische Ursachen zurückführen ließen, sondern Verschleißerscheinungen darstellten. Hierbei handele es sich aber nicht um übliche Verschleißerscheinungen, mit denen ein durchschnittlicher Käufer rechnen müsse. Es handele sich auch nicht um einen unerheblichen Mangel.

[7] Der vereinbarte Gewährleistungsausschluss sei gemäß § 475 BGB unwirksam, weil ein Verbrauchsgüterkauf i. S. des § 474 BGB vorliege. Der Zedent sei unzweifelhaft Verbraucher i. S. des § 13 BGB. Auch sei die Beklagte Unternehmer i. S. des § 14 BGB. Für sie als eine im Handelsregister eingetragene juristische Person gehöre grundsätzlich alles zur gewerblichen Tätigkeit, also auch – wie hier – ein branchenfremdes Nebengeschäft. Wollte man nach dem Geschäftszweck im engeren Sinn abgrenzen, wären die §§ 474 ff. BGB nur auf gewerbliche Verkäufer anwendbar. Schon der regelmäßige Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen durch eine Leasing- oder Mietwagenfirma fiele dann nicht darunter. Das würde den Schutzzweck des § 474 BGB zu sehr einschränken. Für eine umfassendere Anwendung spreche auch der Vergleich mit § 491 BGB, der den Verbraucherdarlehensvertrag regele. Nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur könne Darlehensgeber i. S. von § 491 I BGB auch ein Unternehmer sein, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe beziehe.

[8] Zwar habe es der Zedent unterlassen, der Beklagten vor der Erklärung des Rücktritts eine Frist zur Nacherfüllung einzuräumen. Eine Fristsetzung sei hier aber nach § 323 I Nr. 1 BGB entbehrlich gewesen, weil die Beklagte die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert habe. Es komme nicht auf die zwischen den Parteien streitige Frage an, ob der Geschäftsführer der Beklagten bereits im ersten Telefonat eine Nacherfüllung abgelehnt habe. Auch könne dahinstehen, ob in dem Anfechtungsschreiben vom 10.01.2007 eine Rücktrittserklärung enthalten gewesen sei. Jedenfalls sei die Geltendmachung des Rücktritts durch die Klageerhebung erfolgt, mit der die Rückabwicklung der Leistungen Zug um Zug verlangt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt habe die Beklagte eine Nacherfüllung bereits ernsthaft und eindeutig abgelehnt, indem sie im Schreiben vom 18.01.2007 die Mangelhaftigkeit der Sache bestritten und eine Rückabwicklung verweigert habe. Auch das Verhalten der Beklagten während des Rechtsstreits zeige, dass sie sich auf eine Nacherfüllung nicht eingelassen hätte, da sie sowohl tatsächlich als auch rechtlich ihre Verantwortlichkeit bestreite.

[9] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags vom 29.12.2006.

[10] Im Revisionsverfahren ist aufgrund der rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht mehr im Streit, dass die vom Zedenten erklärte Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung nicht durchgreift und damit ein Anspruch der Klägerin auf eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gemäß §§ 812 ff. BGB ausscheidet. Der Klägerin steht aber, anders als das Berufungsgericht meint, auch ein vertraglicher Rückabwicklungsanspruch wegen eines Sachmangels des gekauften Fahrzeugs (§ 346 BGB i. V. mit §§ 437, 440, 323 BGB) nicht zu.

[11] 1. Allerdings rügt die Revision ohne Erfolg, das Berufungsgericht hätte der Klage unter dem Gesichtspunkt der vertraglichen Sachmangelgewährleistung schon deshalb nicht stattgeben dürfen, weil der Klägerin ein daraus etwa herzuleitender Rückabwicklungsanspruch bereits durch das Urteil des Landgerichts rechtskräftig aberkannt worden sei. Das trifft nicht zu.

[12] a) Das Landgericht hat mit Recht in der Anfechtungserklärung des Zedenten zugleich eine Rücktrittserklärung gesehen (vgl. Senat, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 182/08, NJW 2010, 2503) und folgerichtig den von der Klägerin geltend gemachten Rückabwicklungsanspruch sowohl unter dem Gesichtspunkt einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wegen arglistiger Täuschung als auch einer vertraglichen Rückabwicklung wegen eines Sachmangels geprüft. Es hat die Voraussetzungen beider Anspruchsgrundlagen verneint. Dagegen hat die Klägerin unter Wiederholung ihrer erstinstanzlichen Anträge uneingeschränkt Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht war deshalb prozessual nicht daran gehindert, der Klage im Hinblick auf einen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch aus §§ 437, 440, 323, 346 BGB stattzugeben.

[13] b) Der Umstand, dass die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung nur die Beweiswürdigung des Landgerichts zur Frage der arglistigen Täuschung beanstandet hat, nicht aber die Ausführungen des Landgerichts zum vertraglichen Rückabwicklungsanspruch wegen eines Sachmangels, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

[14] Das Berufungsgericht ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, den vorgetragenen Sachverhalt im Hinblick auf alle für den geltend gemachten Klageanspruch in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu beurteilen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 520 III ZPO. Die in dieser Bestimmung vorgeschriebene Angabe der Berufungsgründe ist nur Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels, hat aber keine Beschränkung des Prüfungsumfangs des Berufungsgerichts auf die in der Berufungsbegründung angeführten Beanstandungen zur Folge. So kann und muss das Berufungsgericht konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen (§ 529 I Nr. 1 ZPO) berücksichtigen, die ihre Grundlage im erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien haben, auch wenn das Übergehen dieses Vortrags vom Berufungskläger nicht zum Gegenstand einer Berufungsrüge gemacht worden ist (BGH, Urt. v. 12.03.2004 – V ZR 257/03, BGHZ 158, 269, 278 f.). Erst recht gilt dies für die materiell-rechtliche Beurteilung des Klageanspruchs in der Berufungsinstanz. Sie unterliegt auch in der Berufungsinstanz keinen Einschränkungen und ist nicht auf die in der Berufungsbegründung angeführten rechtlichen Gesichtspunkte beschränkt (§ 529 II 2 ZPO).

[15] Deshalb stellt auch der Hinweis des Berufungsgerichts an die Parteien, dass die Beklagte Unternehmer i. S. des § 14 I BGB sei, entgegen der Auffassung der Revision keinen Verfahrensverstoß dar. Mit diesem materiell-rechtlichen Hinweis hat das Berufungsgericht lediglich in zulässiger Weise zu erkennen gegeben, dass ein Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) vorliegen könne und damit ein vertraglicher Rückabwicklungsanspruch wegen eines Sachmangels in Betracht komme. Bei der Frage, ob der vorgetragene Sachverhalt einen bereicherungsrechtlichen oder einen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch rechtfertigt, geht es, anders als die Revision meint, nicht um verschiedene Streitgegenstände, sondern lediglich um unterschiedliche Anspruchsgrundlagen für das Klagebegehren aufgrund des von der Klägerin vorgetragenen einheitlichen Lebenssachverhalts.

[16] 2. Vergeblich beanstandet die Revision auch, dass das Berufungsgericht den vereinbarten Gewährleistungsausschluss gemäß § 475 BGB für unwirksam gehalten hat. Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich bei dem Kaufvertrag vom 29.12.2006 um einen Verbrauchsgüterkauf i. S. des § 474 BGB, bei dem der Beklagten als Unternehmer die Berufung auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss verwehrt ist (§ 475 I 1 BGB).

[17] Die Revision stellt nicht infrage, dass der Zedent bei Abschluss des Vertrags Verbraucher war (§ 13 BGB), und bezweifelt auch nicht, dass die Beklagte als juristische Person nicht Verbraucher sein kann (§ 13 BGB), sondern als GmbH eine Handelsgesellschaft ist, die ein Handelsgewerbe betreibt (§ 13 I GmbHG, §§ 5, 6 I HGB). Sie meint aber, dass die Beklagte den vorliegenden Kaufvertrag nicht, wie es § 14 I BGB für den Unternehmer voraussetzt, „in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit“ geschlossen habe, weil der Geschäftszweck der Beklagten nur die Herstellung und Veräußerung von Druckerzeugnissen umfasse, nicht aber den Verkauf eines gebrauchten Pkw. Damit dringt die Revision nicht durch.

[18] a) Der BGH hat für den Verbraucherdarlehensvertrag bereits entschieden, dass Darlehensgeber i. S. des § 491 BGB auch ein Unternehmer sein kann, dessen unternehmerische Tätigkeit sich nicht auf die Kreditvergabe bezieht. Notwendig ist nur, dass er bei Abschluss des Darlehensvertrags in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Bei Kaufleuten wie einer GmbH streitet gemäß §§ 343, 344 HGB eine Vermutung für einen unmittelbaren Bezug des Darlehensvertrags zur gewerblichen Tätigkeit des Darlehensgebers (BGH, Urt. v. 09.12.2008 – XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126).

[19] b) Für den Verbrauchsgüterkauf gilt nichts anderes. Auch der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH an einen Verbraucher gehört im Zweifel zum Betrieb des Handelsgewerbes der GmbH (§ 344 I HGB) und fällt damit, auch soweit es sich um branchenfremde Nebengeschäfte handelt, unter die Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB für den Verbrauchsgüterkauf, sofern die gesetzliche Vermutung des § 344 I HGB nicht widerlegt ist. Die Anwendung der §§ 343, 344 HGB bei der Prüfung, ob bei Kaufleuten ein Unternehmergeschäft i. S. der §§ 14, 474 BGB vorliegt, entspricht nicht nur der Rechtsprechung des BGH zum Verbraucherdarlehensvertrag, sondern auch der ganz einhelligen Auffassung im Schrifttum (MünchKomm-BGB/*Micklitz,* 5. Aufl., § 14 Rn. 16 ff.; Soergel/*Pfeiffer,* BGB, 13. Aufl., § 13 Rn. 36, § 14 Rn. 10; Soergel/*Wertenbruch,* 13. Aufl., § 474 Rn. 23, 34 mit einer – hier nicht einschlägigen – Einschränkung; Staudinger/*Habermann,* BGB, Neubearb. 2004, § 14 Rn. 35; Staudinger/*Matusche-Beckmann,* Neubearb. 2004, § 474 Rn. 15; *Schmidt-Räntsch,* in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 14 Rn. 8; Palandt/*Heinrichs,* BGB, 70. Aufl., § 14 Rn. 2; Erman/*Saenger,* BGB, 12. Aufl., § 14 Rn. 8 ff., 11).

[20] Die von der Revision für den Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen durch eine Handelsgesellschaft geforderte Beschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 474 ff. BGB auf professionelle Verkäufer, das heißt den engeren Kreis gewerblicher Kraftfahrzeughändler, ist abzulehnen (ebenso MünchKomm-BGB/*S. Lorenz,* 5. Aufl., § 474 Rn. 21; *Faust,* in: Bamberger/Roth, 2. Aufl., § 474 Rn. 12 a.E.; a. A. *Brüggemeier,* WM 2002, 1376, 1385). Sie findet in der gesetzlichen Regelung keine Stütze und liefe auch dem weiten Schutzzweck der §§ 474 ff. BGB zuwider, bei denen es auf die Schutzbedürftigkeit des Käufers und nicht auf die des Verkäufers ankommt (vgl. BGH, Urt. v. 09.12.2008 – XI ZR 513/07, BGHZ 179, 126 [Verbraucherdarlehensvertrag]).

[21] c) Das Berufungsgericht ist auf dieser Grundlage rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte beim Abschluss des Kaufvertrags vom 29.12.2006 als Unternehmer i. S. der §§ 14, 474 BGB gehandelt hat. Feststellungen, aufgrund derer die Vermutung des § 344 I HGB als widerlegt anzusehen wäre, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Dagegen bringt die Revision nichts vor. Es kann dahingestellt bleiben, ob Verkaufsgeschäfte einer GmbH überhaupt außerhalb der gewerblichen Tätigkeit der ein Handelsgewerbe betreibenden GmbH liegen können. Die Revision jedenfalls vermag keinen vom Berufungsgericht etwa übergangenen Sachvortrag aufzuzeigen, aufgrund dessen der Verkauf des Kraftfahrzeugs an die Klägerin – entgegen der Vermutung des § 344 I HGB – nicht zum Betrieb des Handelsgewerbes der Beklagten gehören sollte.

[22] 3. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei den Klappergeräuschen im Motorbereich, wie das Berufungsgericht angenommen hat, um nicht übliche Verschleißerscheinungen handelt, die einen Mangel darstellen, der so erheblich ist, dass der Rücktritt nicht gemäß § 323 V 2 BGB ausgeschlossen wäre. Unabhängig davon ist der Zedent nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten.

[23] Ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels könnte dem Zedenten, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nur unter den Voraussetzungen der §§ 440, 323 BGB zustehen, also wenn der Zedent der Beklagten erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hätte (§ 323 I BGB) oder eine solche Fristsetzung gemäß § 323 II BGB oder § 440 BGB entbehrlich gewesen wäre (st. Rspr.; Senat, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 m. w. Nachw.). Diese Voraussetzungen für den Rücktritt sind hier nicht erfüllt. Der Zedent hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt, auch im Laufe des Rechtsstreits nicht, zur Nacherfüllung aufgefordert. Ein solche Aufforderung war nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagte, wie das Berufungsgericht angenommen hat, eine Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hätte (§ 323 II Nr. 1 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision ist auch aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht herzuleiten, dass der Kläger der Obliegenheit, der Beklagten Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, enthoben gewesen wäre.

[24] a) Nach der Rechtsprechung des BGH sind an das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung i. S. des § 323 II Nr. 1 BGB strenge Anforderungen zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung liegt nur vor, wenn der Schuldner unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen. Dafür reicht das bloße Bestreiten des Mangels oder des Klageanspruchs nicht aus. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen will und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung hätte umstimmen lassen (Senat, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 m. w. Nachw.).

[25] Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Sie liegen nach dem unstreitigen Sachverhalt auch nicht vor. Auch die Revisionserwiderung des Klägers zeigt keinen vorinstanzlichen Sachvortrag auf, aus dem sich eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung seitens der Beklagten herleiten ließe.

[26] aa) Hinsichtlich des Telefonats, das die Parteien Anfang Januar 2007 geführt haben, bevor der Zedent mit Schreiben vom 10.01.2007 die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung erklärte, hat das Berufungsgericht offengelassen, ob der Geschäftsführer der Beklagten eine Nacherfüllung abgelehnt hat. Aus dem insoweit unstreitigen Sachverhalt ergibt sich, dass die Beklagte in diesem Telefonat eine Nacherfüllung nicht verweigert hat. Für die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung reicht es nicht aus, dass der Geschäftsführer der Beklagten in diesem Telefonat – von sich aus – angeboten hat, sich aus Kulanz an den Kosten einer etwaigen Mangelbeseitigung beteiligen zu wollen. In diesem Angebot ist schon deshalb keine Verweigerung der Nacherfüllung zu sehen, weil der Zedent den Geschäftsführer der Beklagten in diesem Telefonat nicht aufgefordert hat, den beanstandeten Mangel zu beseitigen, sondern stattdessen Rückabwicklung des Vertrags verlangt hat. Letzteres hat die Beklagte mit Recht abgelehnt. Denn dem Zedenten stand ein Rücktrittsrecht im Zeitpunkt des Telefonats aufgrund des Vorrangs der Nacherfüllung nicht zu.

[27] bb) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aus dem Schreiben der Beklagten vom 18.01.2007 eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung hergeleitet. Dass die Beklagte in diesem Schreiben den Mangel bestritt, reicht, wie ausgeführt, nicht aus, um eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung anzunehmen, zumal die Beklagte auch in dem vorangegangenen Anfechtungsschreiben des Zedenten nicht zur Mangelbeseitigung aufgefordert worden war. Eine Verweigerung der Nacherfüllung liegt auch nicht darin, dass die Beklagte in ihrem Schreiben – ebenso wie in dem vorangegangenen Telefonat – eine Rückabwicklung des Vertrags ablehnte. Denn dazu war sie weiterhin berechtigt, weil dem Zedenten auch zu diesem Zeitpunkt ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag nicht zustand.

[28] cc) Es ist nicht Angelegenheit des Verkäufers, vom Käufer eine Gelegenheit zur Nacherfüllung zu erbitten, sondern eine Obliegenheit des Käufers, vom Verkäufer Nacherfüllung zu verlangen (Senat, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 m. w. Nachw.). Das hat der Zedent versäumt. Damit bestand auch im Zeitpunkt der Klageerhebung, in der das Berufungsgericht den Rücktritt gesehen hat, kein Rücktrittsrecht des Zedenten. Daran hat sich im Laufe des Rechtsstreits nichts geändert. Zur Nacherfüllung ist die Beklagte auch nicht aufgefordert worden, nachdem sie im zweiten Rechtszug ausdrücklich (auch) gerügt hatte, dass ihr vom Zedenten keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt worden sei.

[29] b) Die Revision hat in der mündlichen Verhandlung unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31 – die Auffassung vertreten, einer Aufforderung zur Nacherfüllung seitens des Klägers habe es nicht bedurft, weil es sich bei dem im Vertrag enthaltenen Gewährleistungsausschluss um eine von der Beklagten verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung handele und deshalb der Grundsatz Anwendung finde, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen könne. Damit dringt die Revision nicht durch.

[30] aa) Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gewährleistungsausschluss im vorliegenden Fall individualvertraglich vereinbart wurde oder ob es sich um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. § 475 I BGB differenziert nicht zwischen Individualvereinbarungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses beim Verbrauchsgüterkauf zieht in beiden Fällen nur die Rechtsfolge nach sich, dass sich der Unternehmer gegenüber dem Verbraucher auf den Gewährleistungsausschluss nicht berufen kann (§ 475 I BGB), führt aber nicht ohne Weiteres dazu, dass der Verbraucher mindern, zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen könnte, ohne dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben. Eine so weitgehende Rechtsfolge lässt sich aus der gesetzlichen Regelung nicht ableiten. § 475 I BGB macht zwar den Weg dafür frei, dass der Verbraucher die ihm wegen eines Mangels gesetzlich zustehenden Rechte geltend machen kann, entbindet den Verbraucher aber nicht davon, die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Rechte zu erfüllen.

[31] Die Grundsätze des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Sanktion für die Verwendung unwirksamer Formularklauseln besteht darin, dass sich der Verwender mit der für ihn ungünstigeren Regelung des dispositiven Gesetzesrechts begnügen muss, die der ersatzlose Wegfall der unzulässigen Klausel zur Folge hat, geht aber nicht so weit, dass dem Verwender die Berufung auf das dispositive Gesetzesrecht verwehrt wäre (Senat, Urt. v. 24.03.2010 – VIII ZR 177/09, BGHZ 185, 114). Die Beklagte ist deshalb auch dann, wenn es sich bei dem vereinbarten Gewährleistungsausschluss um eine Formularklausel handeln sollte, nicht daran gehindert, sich darauf zu berufen, dass der Kläger dem gesetzlichen Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht nachgekommen ist. Ob es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise nicht bedarf, ist nicht aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen herzuleiten, sondern richtet sich nach den Bestimmungen in § 323 II BGB und § 440 BGB, in denen die Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag ausnahmsweise entbehrlich ist, abschließend geregelt sind.

[32] bb) Das Vorbringen der Revision, dass es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bei einem formularmäßigen Gewährleistungsausschluss in einem Verbrauchsgüterkaufvertrag generell nicht bedürfe, zielt auf eine Anwendung des § 323 II Nr. 3 BGB. Nach dieser Bestimmung ist eine Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

[33] Derartige Umstände sind vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden und werden auch von der Revision nicht aufgezeigt.

[34] Die Voraussetzungen des § 323 II Nr. 3 BGB sind nicht, wie die Revision meint, bereits dann erfüllt, wenn in einem Verbrauchsgüterkaufvertrag ein formularmäßiger Gewährleistungsausschluss enthalten ist, auf den sich der Unternehmer gemäß § 475 I BGB nicht berufen kann. Der Senat hat zwar in dem von der Revision angeführten Urteil, ohne auf die Voraussetzungen des § 323 II Nr. 3 BGB ausdrücklich Bezug zu nehmen, eine Fristsetzung zur Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf im Falle eines formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses für entbehrlich gehalten (Senat, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, BGHZ 170, 31). Daran hält er jedoch nicht fest. Die vom Senat zur Begründung angeführte Rechtsprechung des BGH zu dem Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann (Senat, Urt. v. 05.04.2006 – VII-I ZR 152/05, NJW 2006, 2115 m. w. Nachw.), betrifft andere Fallgestaltungen, aus denen sich nicht ableiten lässt, dass beim Verbrauchsgüterkauf im Falle eines formularmäßigen Gewährleistungsausschlusses das Erfordernis einer Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt des Verbrauchers vom Vertrag nicht eingehalten werden müsste.

[34] Der Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann, soll verhindern, dass der Klauselgegner durch die Unwirksamkeit der Klausel schlechter gestellt wird, als er im Falle ihrer Wirksamkeit stünde (Senat, Urt. v. 05.04.2006 – VII-I ZR 152/05, NJW 2006, 2115; vgl. auch die dort zitierte Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 04.12.1997 – VI-I ZR 187/96, NJW-RR 1998, 594 [unter III 2 b]; Urt. v. 13.10.2004 – I ZR 249/01, NJW-RR 2005, 34 [unter III]). Eine solche Schlechterstellung des Verbrauchers liegt in den Fällen des § 475 I BGB nicht vor. Der Verbraucher wird dadurch, dass ihm aufgrund der Regelung des § 475 I BGB das gesetzliche Rücktrittsrecht bei einem Sachmangel – unter den dafür geltenden Voraussetzungen – zusteht, nicht schlechter, sondern besser gestellt, als er stünde, wenn der Gewährleistungsausschluss durchgreifen würde. § 475 I BGB bezweckt gerade, dem Verbraucher die gesetzlichen Mängelrechte und -ansprüche zu verschaffen, die dem Verbraucher nicht zustünden, wenn sich der Unternehmer auf den Gewährleistungsausschluss berufen könnte. Aus dem Grundsatz, dass sich der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann, lässt sich deshalb nicht herleiten, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Kaufvertrag entbehrlich wäre, wenn bei einem Verbrauchsgüterkauf formularmäßig ein Gewährleistungsausschluss vereinbart worden ist.

[35] III. Das Berufungsurteil kann aus den dargelegten Gründen keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, weil weitere Feststellungen nicht zu treffen sind (§ 563 III ZPO). Da der Klägerin der ihr vom Berufungsgericht zuerkannte Anspruch aus §§ 434, 437, 440, 323, 346 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrags vom 29.12.2006, wie ausgeführt, nicht zusteht, ist die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts zurückzuweisen.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.