



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 162/12

Verkündet am:
7. März 2013
Besirovic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 305, § 307 Cc

- a) Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten einer von ihm einzubauenden Küche

"Der Kaufpreis ist spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen."

ist unwirksam.

- b) Eine Allgemeine Geschäftsbedingung verliert ihren Charakter als nach §§ 305 ff. BGB der Inhaltskontrolle unterliegender Klausel nicht allein dadurch, dass sie von den Parteien nachträglich geändert wird. Vielmehr muss die nachträgliche Änderung in einer Weise erfolgen, die es rechtfertigt, sie wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt hat.

BGH, Urteil vom 7. März 2013 - VII ZR 162/12 - OLG Karlsruhe
LG Konstanz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari und die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 3. Mai 2012 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über ihre gegenseitigen Pflichten aus dem Vertrag vom 8. August 2009, der den Erwerb und den Einbau einer Küche im Haus der Klägerin und ihres Ehemannes, des Drittwiderbeklagten, in der Schweiz zum "Komplettpreis" von 23.800 € zum Gegenstand hat. Bestandteil des Vertrags sind die "Teileliste" und vier "Installationspläne". Der Vertrag sieht eine Anzahlung von 4.750 € vor, die die Klägerin und der Drittwiderbeklagte am 24. September 2009 erbrachten, und bestimmt im vorgedruckten Vertragsformular:

"Restzahlung ... vorab per Überweisung oder bar bei Lieferung".

2 Zudem ist in den "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der Beklagten, die dem Vertrag beigelegt waren, in Ziff. VI Abs. 1 bestimmt:

"Der Kaufpreis ist spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen."

3 Am 11. März 2010 vereinbarten die Parteien, dass die Klägerin und der Drittwiderbeklagte bis zum mangelfreien Einbau der Küche 2.500 € zurückbehalten könnten.

4 Lieferung und Einbau der Küche erfolgten Ende März 2010. Unstreitig erfolgte der Einbau nicht vollständig fachgerecht. Mit E-Mail vom 23. April 2010 listete die Beklagte die Mängel und notwendigen Nacharbeiten auf und sicherte umgehende Abhilfe zu, sobald alle benötigten Teile geliefert worden seien. In der Folgezeit kam es zu mehreren Terminen in der Wohnung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten, in denen die Küche wiederholt ausgemessen wurde. Zu einer Beseitigung der Mängel kam es nicht. Ab Juni 2010 verhandelten die erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten über die Abwicklung des Vertrages. Im Zuge dieser Verhandlungen zahlten die Klägerin und der Drittwiderbeklagte weitere 13.550 € ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und erwarteten die Mängelbeseitigung bis 6. August 2010.

5 Mit Schreiben vom 31. Juli 2010 lehnte der Bevollmächtigte der Beklagten eine Mängelbeseitigung bis 6. August 2010 ab. Aufgrund der "Verzögerungen bei Leistung der Teilzahlung" und weiterer Umstände bestünden "Zweifel an der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit". Deshalb werde ein nach dem 6. August 2010 liegender Termin von den Mitarbeitern nur

wahrgenommen, "wenn ihnen der noch offene Restbetrag der Gesamtsumme des Vertrags vorab in bar übergeben werde". Das Schreiben endet mit dem Hinweis des Bevollmächtigten, im Klagefalle zustellungsbevollmächtigt zu sein.

6 Nachdem im August 2010 eine weitere Kommunikation zwischen den Parteien nicht stattgefunden hatte, forderte der Bevollmächtigte der Beklagten unter Hinweis auf sein Schreiben vom 31. Juli 2010 die Klägerin und den Drittwiderbeklagten mit Schreiben vom 3. September 2010 auf, bis spätestens 9. September 2010 einen Mängelbeseitigungstermin zu vereinbaren.

7 Mit beim Landgericht am 13. September 2010 eingegangenem Schriftsatz hat die Klägerin das Klageverfahren eingeleitet, mit dem sie die Rückzahlung der geleisteten Anzahlungen Zug um Zug gegen Rückgabe der eingebauten Küchenmöbel und Küchengeräte, die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten hinsichtlich der Rücknahme und Schadensersatz für Arbeiten, die notwendig seien, um beim Ausbau der vorhandenen Küche und dem Einbau einer neuen, gleichartigen Küche einen ordnungsgemäßen Zustand herzustellen, geltend gemacht hat.

8 Die Beklagte hat widerklagend die Zahlung der noch ausstehenden Vergütung begehrt.

9 Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme des Schadensersatzanspruchs für zusätzlich notwendige Arbeiten stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Auf die Anschlussberufung der Klägerin hat das Berufungsgericht ihr des Weiteren einen Schadensersatz für zusätzliche notwendige Arbeiten im Umfang von 2.000 € zugesprochen.

10 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision beantragt die Beklagte die Abweisung der Klage und verfolgt weiterhin ihr Widerklagebegehren.

Entscheidungsgründe:

11 Die zulässige Revision der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

12 Das Berufungsgericht billigt der Klägerin einen Schadensersatzanspruch aus §§ 633, 281, 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB zu. Die eingebaute Küche weise unstrittig Mängel auf. Zusätzlich sei sie schief eingebaut. Dieser Mangel sei erheblich, ausgehend von den vorgelegten Lichtbildern mit bloßem Auge erkennbar und von der Beklagten zu verantworten. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Klägerin und der Drittwiderbeklagte der Beklagten eine den Anforderungen des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB genügende Frist gesetzt hätten. Jedenfalls habe die Beklagte mit dem Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 31. Juli 2010 eine Beseitigung der Mängel endgültig verweigert. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Mängelbeseitigung von der vorherigen Zahlung der Vergütung abhängig zu machen. Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthaltenen Zahlungsbedingungen seien nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Auf die am 11. März 2010 getroffene Vereinbarung könne sich die Beklagte nach § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB nicht berufen. Die Vereinbarung beruhe auf den un-

wirksamen Klauseln, deren Verwendung eine zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung darstelle. Die Beklagte müsse deshalb die Klägerin so stellen, als wenn sie die unwirksamen Klauseln nicht verwendet hätte. Dann wäre es nicht zu der Vereinbarung vom 11. März 2010 gekommen.

13 Die Klägerin sei durch den geltend gemachten großen Schadensersatz so zu stellen, wie sie bei Lieferung einer mangelfreien Küche stünde. Deshalb könne die Klägerin auch die Mehrkosten erstattet verlangen, die ihr bei dem Einbau einer anderen, gleichwertigen Küche entstehen werden. Der Klägerin seien daher weitere 2.000 € zuzusprechen, auf die sich die Parteien der Höhe nach verständigt hätten.

II.

14 Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

15 Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB aus eigenem und vom Drittwiderbeklagten abgetretenem Recht verlangen kann.

16 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass sich die schuldvertraglichen Beziehungen der Parteien kraft objektiver Anknüpfung nach deutschem Recht beurteilen. Dies wird von den Parteien nicht beanstandet und lässt auch keine Rechtsfehler erkennen.

17 Zutreffend ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass sich die schuldvertraglichen Beziehungen der Parteien nach dem Bürgerlichen

Gesetzbuch und nicht nach dem UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG) beurteilen. Dieses Übereinkommen ist im Streitfall jedenfalls nach Art. 2 Buchst. a CISG nicht anwendbar. Nach Art. 2 Buchst. a CISG findet dieses Übereinkommen keine Anwendung auf den Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt, es sei denn, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts geht es bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um eine Küche für den persönlichen Bedarf der Klägerin und des Drittwiderbeklagten, ihres Ehemannes, in ihrer in der Schweiz befindlichen Wohnung und damit um eine Küche für den persönlichen Gebrauch im Haushalt der Klägerin und ihres Ehemannes, was die Beklagte bei Vertragsschluss auch wusste.

18 2. Das Berufungsgericht qualifiziert den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag über die Lieferung und den Einbau der hier geschuldeten Einbauküche als Werkvertrag (§ 631 BGB) und nicht als Kaufvertrag im Sinne von § 651 BGB. Der Senat neigt dazu, dieser Bewertung zuzustimmen, da es das Ziel des Vertrages war, auf der Grundlage der handwerklichen Fachkenntnisse der Beklagten durch Einbau und Einpassung in das Haus der Klägerin und des Drittwiderbeklagten einen funktionalen Küchenraum zu schaffen und die dazu notwendigen Montage- und Bauleistungen dem Vertrag die maßgebliche Prägung geben (vgl. auch Rudolph, BauR 2012, 557, 568). Das kann aber dahingestellt bleiben. Sowohl bei der Anwendung von Werkvertrags- als auch Kaufrecht steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch zu und ist die Widerklage unbegründet. Der Senat hat deshalb davon abgesehen, die Frage der rechtlichen Einordnung des Vertrages unter

Beachtung der Richtlinie 99/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (AbIEG Nr. L 171 vom 7. Juli 1999, Seite 12, abgedruckt in NJW 1999, 2421) gemäß Art. 267 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union vorzulegen.

19 3. Der Anspruch der Klägerin und des Drittwiderbeklagten auf Beseitigung der Mängel aus § 633 Abs. 1 BGB oder aus § 437 Nr. 1, § 439 Abs. 1 BGB war vollwirksam entstanden und fällig.

20 § 281 Abs. 1, § 280 Abs. 3 BGB setzen voraus, dass dem Gläubiger ein Anspruch aus dem Schuldverhältnis zusteht, der nicht durch eine dauernde oder aufschiebende Einrede gehemmt und fällig ist (BGH, Urteil vom 14. Juni 2012 - VII ZR 148/10, BGHZ 193, 315 Rn. 16 zum inhaltsgleichen § 323 Abs. 1 BGB; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 281 Rn. 8; MünchKommBGB/Ernst, 6. Aufl., § 281 Rn. 19; Erman/H. P. Westermann, BGB, 13. Aufl., § 281 Rn. 6). Die Beklagte beruft sich auf die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages. Sie hält sich zur Mängelbeseitigung nicht für verpflichtet, solange die vereinbarte Vergütung nicht bezahlt ist. Die Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BGB und des § 320 Abs. 2 BGB lagen allerdings nicht vor. Der Beklagten stand zudem kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.

21 a) Nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB kann im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags jede Vertragspartei ihre Leistung bis zum Bewirken der Gegenleistung verweigern, wenn sie nicht zur Vorleistung verpflichtet ist. Im Werkvertragsrecht ergibt sich eine Vorleistungspflicht des Unternehmers aus § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach entsteht der Werklohnanspruch erst mit der Abnahme des Werkes. Im Kaufrecht kann der Verkäufer den Kaufpreis Zug um Zug gegen

Lieferung und gegebenenfalls - wie hier - Montage (§ 434 Abs. 2 BGB) einer mangelfreien Sache (§ 434 Abs. 1 BGB) verlangen. Der Unternehmer bzw. Verkäufer darf danach eine Mängelbeseitigung nicht von der vorherigen vollständigen Bezahlung der Vergütung abhängig machen, wenn er diese nicht wirksam mit dem Besteller bzw. Käufer vereinbart hat.

22 Die Parteien haben durch die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten und durch die Vereinbarung vom 11. März 2010 abweichende Regelungen getroffen, die der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten die Verpflichtung auferlegten, zumindest den wesentlichen Teil des Kaufpreises bzw. Werklohns spätestens bei Lieferung zu zahlen. Der Beklagten stand die Einrede des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichwohl nicht zu. Die Vereinbarungen haben die gesetzliche Regelung nicht wirksam abbedungen. Sie halten als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten einer Wirksamkeitskontrolle nicht stand.

23 b) Nach der "Zahlungsvereinbarung" im vordruckten Vertragsformular sowie der Regelung in Ziff. VI Absatz 1 der AGB waren die Klägerin und der Drittwiderbeklagte verpflichtet, spätestens bei Anlieferung der Küche den "Komplettpreis" bzw. "Kaufpreis" zu entrichten. Diese Regelungen sind nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht zu vereinbaren sind und für diese Art der Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen der Klägerin und des Drittwiderbeklagten kein sachlicher Grund besteht.

24 aa) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nicht mit § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB zu vereinbaren. § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt Leitbildfunktion zu (BGH, Urteil vom 6. Dezember 1984 - VII ZR 227/83, BauR 1985, 192, 194 =

ZfBR 1985, 134, 136; Urteil vom 10. Juli 1986 - III ZR 19/85, BauR 1986, 694, 695 = ZfBR 1986, 224, 225; Urteil vom 24. September 2002 - KZR 38/99, NJW-RR 2003, 834). Die Regelung ist Ausdruck eines formularmäßig nicht abänderbaren Gerechtigkeitsgebots. Der Besteller soll grundsätzlich erst zur Zahlung verpflichtet sein, wenn das Werk vollständig hergestellt ist.

25 bb) Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind zudem nicht mit § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zu vereinbaren. Dieser Regelung kommt ebenfalls Leitbildfunktion zu (BGH, Urteil vom 10. März 1999 - VIII ZR 204/98, BGHZ 141, 108). Die Vereinbarung der vollständigen Zahlung, bevor der Verkäufer mit der von ihm geschuldeten Montage als Hauptleistungspflicht begonnen hat, führt zu einer Vorleistungspflicht des Käufers, die mit der synallagmatischen Verknüpfung der kaufrechtlichen Hauptleistungspflichten nicht zu vereinbaren ist (BGH, Urteil vom 10. März 1999 - VIII ZR 204/98, aaO).

26 cc) Der Verstoß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen das gesetzliche Leitbild führt im Zweifel zu deren Unwirksamkeit. Anderes gilt, wenn die Leitbildabweichung sachlich gerechtfertigt ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt wird (BGH, Urteil vom 24. September 2002 - KZR 38/99, aaO; Urteil vom 10. März 1999 - VIII ZR 204/98, aaO; A. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 307 Rn. 230 f.; Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeifer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 307 Rn. 119).

27 Die Beklagte mag ein sachliches Interesse daran haben, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen von § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB abweichende Regelungen zu vereinbaren, um den ihr zustehenden Anspruch auf Zahlung der Vergütung vor dem Einbau der gelieferten Möbel abzusichern. Die "Zahlungsvereinbarung" und Ziff. VI Abs. 1 der AGB sind

gleichwohl unwirksam, weil die Beklagte die berechtigten Interessen ihrer Kunden in keiner Weise berücksichtigt hat. Der Schutz des § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB und des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB entfällt ersatzlos und ohne Kompensation. Die Kunden werden verpflichtet, vor dem Einbau der anzuliefernden Gegenstände die volle Vergütung zu zahlen. Sie verlieren auf diese Weise jedes Druckmittel, falls der Einbau mangelhaft ist. Das ist eine unangemessene Benachteiligung des Kunden, mit der die Beklagte ihre Absichten einseitig durchgesetzt und nicht für einen sachgerechten Interessenausgleich Sorge getragen hat.

28 c) Die Vereinbarung vom 11. März 2010 führt zu keiner anderen Bewertung.

29 Es kann dahin stehen, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, die Beklagte habe sich durch die Verwendung der unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen schadensersatzpflichtig gemacht und müsse die Klägerin deshalb so stellen, als wenn die Vereinbarung vom 11. März 2010 nicht getroffen worden wäre. Denn auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen liegt keine wirksame Abänderung der unwirksamen Vertragsbedingungen vor, was der Senat selbst entscheiden kann, weil weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind.

30 aa) Eine Allgemeine Geschäftsbedingung verliert ihren Charakter als nach §§ 305 ff. BGB der Inhaltskontrolle unterliegender Klausel nicht allein dadurch, dass sie von den Parteien nachträglich geändert wird. Vielmehr muss die nachträgliche Änderung in einer Weise erfolgen, die es rechtfertigt, sie wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertrags-

partner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt hat und die Parteien auf dieser Grundlage eine Einigung finden, mit der die nachteilige Wirkung der Klausel lediglich abgeschwächt wird (vgl. OLG Köln, NJW-RR 2002, 1487; Staudinger/Schlosser, BGB, 13. Bearb. 2006, § 305 Rn. 49; MünchKommBGB/ Basedow, aaO, § 305 Rn. 42, 44; A. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, aaO, § 305 BGB Rn. 46, 48; Pfeifer in Wolf/Lindacher/Pfeifer, aaO, § 305 Rn. 45; Palandt/Grüneberg, aaO, § 305 Rn. 20). Denn in diesem Fall wirkt die zum Nachteil des Vertragspartners unangemessen ausgeübte Gestaltungsmacht des Verwenders fort. Hat der Verwender in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ungemessener Weise eine Vorleistungspflicht des Kunden vorgesehen, besteht er auf die Bitte des Kunden, diese zu ändern, darauf, dass dieser vorzuleisten hat, und ist er lediglich bereit, den Umfang der Vorleistungspflicht zu reduzieren, so wirkt die unwirksame Vereinbarung der Vorleistungspflicht jedenfalls dann fort, wenn weiterhin eine unangemessene Vorleistung gefordert wird.

- 31 bb) Nach diesen Grundsätzen sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zur Zahlungspflicht der Klägerin und des Drittwiderbeklagten durch die Vereinbarung vom 11. März 2010 nicht ausgehandelt worden. Aus dem E-Mail-Verkehr der Parteien vom 11. März 2010 folgt, dass die Parteien vor dem 11. März 2010 telefonisch erörtert hatten, inwieweit die Klägerin und der Drittwiderbeklagte berechtigt sein sollten, einen Teilbetrag zurückzubehalten. Darauf nimmt die E-Mail des Drittwiderbeklagten vom 11. März 2010, 9.15 Uhr, Bezug, wonach ein Betrag von 2.500 € bis zum mangelfreien Einbau der Küche zurückgehalten werden sollte. Diesen Vorschlag hat die Beklagte mit E-Mail vom 11. März 2010, 15.45 Uhr, unter

Hinweis auf die Regelungen im "Kaufvertrag" abgelehnt. Wörtlich heißt es: "Bitte haben Sie Verständnis, dass wir auf die Einhaltung der vereinbarten Zahlungsbedingungen bestehen müssen." Damit stellte die Beklagte den Kerngehalt ihrer Klauseln nicht in Frage. Anderes ergibt sich nicht aus dem Angebot der Beklagten, zur Absicherung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten eine Bankbürgschaft zu stellen. Dieses Angebot bezog sich auf "Bedenken, die komplette Summe zu überweisen", d.h. auf den Teilbetrag von 2.500 €, den der Drittwiderbeklagte zurückhalten wollte. Im Anschluss an diese E-Mail einigten sich die Parteien telefonisch auf den Vorschlag des Drittwiderbeklagten, der dies mit E-Mail vom 11. März 2010, 18.19 Uhr, bestätigte. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte über den Teilbetrag von 2.500 € hinaus bereit war, in den am 11. März 2010 nachmittags geführten Gesprächen ihre Zahlungsbedingungen grundlegend zur Disposition zu stellen. Es verblieb im Wesentlichen bei der ungleichen Verhandlungssituation, in der die Beklagte ihre Vertragsbedingungen einseitig durchsetzte.

32 Auch die veränderte Zahlungsbedingung genügt den oben dargestellten Anforderungen des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht. Zwar waren die Klägerin und der Drittwiderbeklagte nunmehr berechtigt, 10,5 % des Kaufpreises bzw. des Werklohns zurückzubehalten. Das reicht aber für einen sachgerechten Ausgleich der jeweiligen Sicherungsinteressen der Parteien nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1984 - VII ZR 227/83, aaO, wo das Zurückbehaltungsrecht auf 10 % der Werklohnforderung beschränkt wurde).

33 d) Die Voraussetzungen des § 320 Abs. 2 BGB liegen angesichts der festgestellten Mängel und des Umstandes, dass die Beklagte bereits den ganz überwiegenden Teil der Vergütung erhalten hat, ersichtlich nicht vor.

34 e) Schließlich stand der Beklagten kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Danach kann der vorleistungspflichtige Schuldner die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Vertragsabschluss erkennbar wird, dass der Anspruch auf die Gegenleistung durch die mangelnde Leistungsfähigkeit des Vertragspartners gefährdet wird (Unsicherheitseinrede). Die Voraussetzungen dieses Leistungsverweigerungsrechts lagen ersichtlich nicht vor. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte hatten zum 20. Juli 2010 bereits 80 % der vereinbarten Vergütung gezahlt und verlangten zu Recht die Beseitigung der Mängel. Soweit die Revision darauf abhebt, dass die Klägerin und der Drittwiderbeklagte die im Vertrag und der Vereinbarung vom 11. März 2010 vorgesehenen Zahlungsziele nicht einhielten, belegt das nicht eine mangelnde Leistungsfähigkeit.

35 4. Die Beklagte hat ihre Verpflichtung, der Klägerin und dem Drittwiderbeklagten ein mangelfreies Werk zu verschaffen bzw. die Mängel der eingebauten Küche zu beseitigen, durch das Schreiben vom 31. Juli 2010 ernsthaft und endgültig verweigert (§ 281 Abs. 2 1. Fall BGB), so dass es einer Fristsetzung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten zur mängelfreien Vertragserfüllung (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht bedurfte.

36 a) Die nach § 281 Abs. 1 BGB zu setzende Frist ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn der Schuldner insbesondere durch seine Erklärungen und sein Verhalten eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich durch eine Aufforderung zur Leistung umstimmen ließe. Die Erfüllungsweigerung muss das letzte Wort des Schuldners zu seiner Leistungs-

bereitschaft sein (BGH, Urteil vom 14. Juni 2012 - VII ZR 148/10, aaO; Urteil vom 17. Oktober 2008 - V ZR 31/08, NJW 2009, 1813, 1816).

37

b) Diese Voraussetzungen sind rechtsfehlerfrei festgestellt. Durch das Schreiben vom 31. Juli 2010 in Verbindung mit den dem Schreiben vorhergehenden Verhandlungen hat die Beklagte eindeutig zum Ausdruck gebracht, zur Mängelbeseitigung nicht bereit zu sein. Die Beklagte hat in dem Schreiben mitgeteilt, die Mängelbeseitigungsarbeiten nur durchzuführen, wenn der noch ausstehende Restbetrag bar an ihre Mitarbeiter vor Beginn der Arbeiten gezahlt werde. Ansonsten würden die Mitarbeiter wieder abreisen. Da der Beklagten, wie ausgeführt, nicht das Recht zustand, die Mängelbeseitigung an die Bezahlung des Werklohns oder Kaufpreises zu knüpfen, hat sie die Mängelbeseitigung zu Unrecht verweigert. Diese Verweigerung mussten die Klägerin und der Drittwiderbeklagte als endgültig verstehen. Denn über die Frage der Mängelbeseitigung in Verknüpfung mit der Bezahlung hatten die Parteien umfassend korrespondiert und verhandelt. Die Mängel waren seit dem Einbau der Küche Ende März 2010 im Wesentlichen bekannt und unstrittig. Die Parteien hatten über eine weitere Zahlung der Klägerin und des Drittwiderbeklagten verhandelt, die - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - im Umfang von 13.550 € am 20. Juli 2010 erfolgte. Weil diese mit Schreiben vom 14. Juli 2010 angekündigte Zahlung aus Sicht der Beklagten nicht "unmittelbar" nach Versand des Schreibens vom 14. Juli 2010 erfolgt war, die Bevollmächtigten der Klägerin und des Drittwiderbeklagten am Mängelbeseitigungstermin vom 6. August 2010 festhielten und auf den Umfang der Mängelbeseitigungsarbeiten hinwiesen, verlangte die Beklagte - zu Unrecht und angesichts der soeben erfolgten Zahlung von 13.550 € für die Klägerin und den Drittwiderbeklagten nicht nachvollziehbar - vollständige Zahlung vor Mängel-

beseitigungsbeginn wegen "Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit". Zugleich wies der Bevollmächtigte der Beklagten am Ende des Schreibens vom 31. Juli 2010 darauf hin, im Klagefalle zustellungsbevollmächtigt zu sein. Damit hat die Beklagte eindeutig zum Ausdruck gebracht, nicht länger verhandlungsbereit zu sein. Die Klägerin und der Drittwiderbeklagte durften deshalb sicher davon ausgehen, dass die Setzung einer Nachfrist keinen Eindruck auf die Beklagte machen würde.

- 38 c) Die Auffassung der Revision, eine endgültige Erfüllungsverweigerung liege nicht vor, weil sich die Beklagte lediglich in einem Rechtsirrtum befunden habe, teilt der Senat nicht. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Fristsetzung entbehrlich ist, wenn die Leistungsverweigerung erkennbar nur auf einem Rechtsirrtum wie der Erhebung einer nicht gegebenen Einrede beruht (MünchKommBGB/Ernst, aaO, § 323 Rn. 100). Entscheidend ist, ob aus der Sicht des Vertragspartners unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände die Erfüllungsbereitschaft endgültig fehlt. Das ist auch bei einem bloßen Rechtsirrtum der Fall, wenn weitere Umstände hinzukommen, insbesondere der Vertragspartner sich uneinsichtig zeigt. So liegt der Fall hier. Zum Zeitpunkt des Schreibens vom 31. Juli 2010 war den anwaltlich vertretenen Parteien der rechtliche Streit über die Vorleistungspflicht der Klägerin und des Drittwiderbeklagten bekannt. Die Zahlung vom 20. Juli 2010 erfolgte ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Gleichwohl hat die Beklagte in der bereits dargelegten Weise die Mängelbeseitigung von der vorherigen Bezahlung des vollständigen Werklohns bzw. Kaufpreises abhängig gemacht. Trotz der damit verbundenen Rechtsirrtümer durften die Klägerin und der Drittwiderbeklagte davon ausgehen, die Ablehnung der Beklagten sei endgültig.

39 d) Soweit die Revision zu bedenken gibt, dass die Beklagte mit Schreiben vom 3. September 2010 von einer endgültigen Erfüllungsverweigerung abgerückt sei, weshalb sich die Klägerin treuwidrig verhalte, wenn sie aus einer einmaligen verbalen Zuspitzung Rechtsfolgen ableite, bedarf dies ebenfalls keiner rechtlichen Klärung. Denn die Beklagte ist im Schreiben vom 3. September 2010 nicht von der im Schreiben vom 31. Juli 2010 aufgestellten Bedingung abgerückt, sondern hat auf dieses Schreiben Bezug genommen.

40 5. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ist nicht nach § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgeschlossen, weil die Pflichtverletzung der Beklagten als unerheblich zu bewerten wäre.

41 a) Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich im Sinne des § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB ist, erfordert eine umfassende Interessenabwägung (BGH, Urteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 70/07, NJW-RR 2010, 1289 Rn. 23 zum inhaltsgleichen § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB; Palandt/Grüneberg, aaO, § 281 Rn. 47, § 323 Rn. 32; MünchKommBGB/Ernst, aaO, § 281 Rn. 147 f., § 323 Rn. 243 ff.).

42 b) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die optischen Beeinträchtigungen der Küche erheblich sind, die gesamte Küche deutlich wahrnehmbar schief eingebaut ist, die einzelnen Küchenteile nicht bündig schließen, die Arbeitsplatte auf der frei im Raum stehenden Küchenzeile unterschiedlich weit über dem Unterbau steht. Ob der Schiefstand auf Bodenunebenheiten zurückzuführen ist, hat das Berufungsgericht nicht aufgeklärt, da die Beklagte verpflichtet gewesen sei, auf Bodenunebenheiten hinzuweisen.

43 c) Diese Feststellungen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffen.

44 aa) Das Berufungsgericht hat seine Feststellungen in verfahrensrechtlich ordnungsgemäßer Weise auf der Grundlage der vorgelegten Lichtbilder getroffen. Soweit die Beklagte bereits erstinstanzlich beantragt hat, hinsichtlich der Sichtbarkeit der Mängel ein Sachverständigengutachten einzuholen und die Küche in Augenschein zu nehmen, musste das Berufungsgericht dem nach Vorlage der aussagekräftigen Lichtbilder nicht nachgehen. Die Revision legt nicht dar, welche zusätzlichen Erkenntnisse sich durch eine Inaugenscheinnahme vor Ort zugunsten der Beklagten ergeben hätten (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 1987 - VI ZR 296/86, MDR 1988, 42; MünchKommZPO/Zimmermann, 4. Aufl., § 371 Rn. 2; Musielak/Huber, ZPO, 9. Aufl., § 371 Rn. 3; Hk-ZPO/Eichele, 5. Aufl., § 371 Rn. 5).

45 bb) Die Beklagte kann sich nicht auf eine Verantwortlichkeit der Klägerin und des Drittwiderbeklagten hinsichtlich des Schiefstands der eingebauten Küche berufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Unternehmer dann nicht für den Mangel seines Werks verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers oder von diesem gelieferte Stoffe oder Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 Rn. 21; Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314, 1316 = NZBau 2005, 456 = ZfBR 2005, 667). Das gilt entsprechend, wenn die Vereinbarung der Parteien als Kaufvertrag bewertet wird. Dann hätte die Beklagte ebenfalls die Verpflichtung übernommen, die Küche in den dazu vorgesehenen Raum

einzupassen. Der Beklagten oblag es deshalb in jedem Fall, die Klägerin und den Drittwiderbeklagten auf den - möglicherweise - nicht geeigneten Untergrund hinzuweisen und Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln. Dieser Pflicht ist die Beklagte nicht nachgekommen.

46

cc) Der Schiefstand der Küche ist nicht nach Ziff. XII Abs. 5 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unbeachtlich. Nach dieser Klausel erlöschen Gewährleistungsansprüche wegen offensichtlicher Mängel, wenn sie nicht binnen zwei Wochen nach Übergabe gerügt werden. Das Berufungsgericht hat diese Klausel in nicht zu beanstandender Weise dahingehend ausgelegt, dass diese sich nur auf die Lieferung der Einzelteile und nicht auf die Montage- und Anpassungsleistung beziehen. Dabei ist auf die Regelung unter Ziff. II Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuweisen, wonach Montagearbeiten zusätzlich in Rechnung gestellt werden, sofern nicht kostenlose Ausführung ausdrücklich vereinbart wurde. Das legt nahe, dass die Bedingungen unter Ziff. XII Abs. 5 Nr. 2 nur den Fall im Auge haben, dass lediglich die Lieferung vereinbart ist. Es kann daher dahin stehen, ob eine gegenüber einem Verbraucher verwendete Klausel wirksam ist, mit der der Verlust des Gewährleistungsanspruchs bewirkt werden soll, wenn offensichtliche Mängel nicht binnen zwei Wochen seit Übergabe gerügt werden. Dagegen könnten Bedenken bestehen, weil nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 99/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter die Mitgliedstaaten lediglich vorsehen können, dass der Verbraucher den Verkäufer zur Inanspruchnahme seiner Rechte über die Vertragswidrigkeit binnen zwei Monaten nach dem Zeitpunkt, zu dem er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, unterrichten muss. Eine Frist von zwei Wochen dürfte mit der Richtlinie nicht in Übereinstimmung zu bringen sein (vgl.

von Westphalen, ZGS 2005, 173). Im Übrigen dürfte eine derartige Regelung auch nicht mit § 475 Abs. 1 und 2 BGB in Einklang stehen (Erman/Roloff, BGB, 13. Aufl., § 309 Rn. 115).

47 6. Die Beklagte hat ihre Pflichtverletzung zu vertreten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Soweit die Revision darauf abhebt, die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, ihr stehe ein Zurückbehaltungsrecht zu, vermag dies die Beklagte nicht zu entlasten.

48 Die Beklagte hat nach § 276 Abs. 2 BGB die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu vertreten. Für einen Rechtsirrtum muss die Beklagte deshalb nur dann nicht einstehen, wenn sie trotz sorgfältiger Prüfung der Rechtslage ihren Irrtum nicht vermeiden konnte. Soweit die Beklagte mit der Prüfung der Rechtslage einen Rechtsanwalt beauftragte, entlastet sie das allein nicht, da sie sich ein Verschulden ihres Rechtsanwaltes über § 278 BGB zurechnen lassen muss (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2006 - VIII ZR 102/06, NJW 2007, 428, 430). Wesentlich ist deshalb, ob der bevollmächtigte Rechtsanwalt der Beklagten bei sorgfältiger Prüfung erkennen konnte, dass der Anspruch der Klägerin und des Drittwiderbeklagten auf Verschaffung eines mangelfreien Werks einredefrei bestand und fällig war (BGH, Urteil vom 18. Januar 2011 - XI ZR 356/09, NJW 2011, 1063, 1065).

49 Dies ist zu bejahen. Im Juli 2010 waren die Fragen zur Leitbildfunktion des § 641 BGB und des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie zu den Voraussetzungen einer Individualvereinbarung hinreichend geklärt. Das hätte der bevollmächtigte Rechtsanwalt erkennen können.

50

7. Die Klägerin kann entsprechend ihrem Begehren als großen Schadensersatz die Rückabwicklung des Vertrages mit der Beklagten und zusätzlich (§ 325 BGB) die Erstattung von (Folge-)Kosten verlangen, die mit dem Einbau einer gleichwertigen Küche zusammenhängen (Palandt/Grüneberg, aaO, § 281 Rn. 18, 21). Im Termin vor dem Berufungsgericht haben die Parteien sich darauf verständigt, diese Kosten mit 2.000 € anzusetzen. Die Revision macht geltend, die Vereinbarung beziehe sich ausschließlich auf die Schadenshöhe, sage aber noch nichts darüber aus, ob ein haftungsbegründender Ursachenzusammenhang bestehe, da noch nicht feststehe, ob die der Schadensfestlegung zugrunde liegenden Arbeiten tatsächlich durchgeführt würden. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Mit der Festlegung der Folgeschadenshöhe auf 2.000 € haben die Parteien notwendigerweise ihren Streit über die Frage beigelegt, ob und in welchem Umfang Folgekosten anfallen. Das Berufungsgericht sollte - offensichtlich zur Vermeidung weiterer Kosten - davon entbunden werden, die Berechtigung der Schadenspositionen aufzuklären. Auf die von der Revision aufgeworfene Frage kommt es deshalb für die Entscheidung dieses Falles nicht an.

III.

51 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Kniffka

Safari Chabestari

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Konstanz, Entscheidung vom 25.03.2011 - 5 O 332/10 E -

OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 03.05.2012 - 9 U 74/11 -