

## Gestaltungsvorschläge für Musterverträge und Einkaufsbedingungen nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes\* – Teil 1

von Professor Dr. Thomas Hoeren, Münster

### Inhaltsübersicht

- |  |   |
|--|---|
| I. Vorüberlegungen                             | VII. Ausschluss der Haftung                     |
| II. Ausschluss der Gewährleistung bei Neuwaren | VIII. Verjährung                                |
| III. Verkauft wie besichtigt                   | IX. Verzug und Unmöglichkeit/Leistungsstörungen |
| IV. Nacherfüllung                              | X. UN-Kaufrecht                                 |
| V. Kosten der Nachbesserung                    | XI. Musterklauseln                              |
| VI. Rügepflichten                              |   |

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bringt einige einschneidende Änderungen sowohl im Allgemeinen als auch im besonderen Teil des Schuldrechts mit sich. Dies führt u.a. dazu, dass die in Musterverträgen und Einkaufsbedingungen festgelegten Regelungen überdacht und u.U. modifiziert werden müssen, um der neuen Rechtslage gerecht werden zu können. Im Folgenden soll daher erörtert werden, welche Regelungen solcher Musterverträge und Einkaufsbedingungen der Modifizierung bedürfen, insbesondere wie man die Frage der Gewährleistung und Haftung nach der Schuldrechtsmodernisierung vertraglich in den Griff bekommen kann: (1) Welche Klauseln sind in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig? (2) Welche Geschäftsbedingungen sind unwirksam? (3) Worauf ist bei der Gestaltung von Klauseln zu achten?

### I. Vorüberlegungen

Verschiedene Vorüberlegungen sind vorab anzustellen, bevor die AGB-rechtliche Wirksamkeit einzelner Klauseln thematisiert wird.

#### 1. Anwendbare Bestimmungen

Zunächst ist die Frage, welche Bestimmungen überhaupt die Inhaltskontrolle regeln. Dabei ist zu beachten, dass das AGBG als solches nicht mehr existiert, sondern in das BGB integriert worden ist (§§ 307, 310). Darüber hinaus enthält das BGB nunmehr zwingende Bestimmungen zugunsten des Verbrauchers beim Verbrauchsgüterkauf (§ 475). Schließlich gilt die allgemeine Sperre des § 138 BGB fort. Daraus ergibt sich ein kompliziertes Geflecht von Regelungsbeziehungen:

	Unternehmen – Unternehmen	Verbrauchskauf	Unternehmen – Verbraucher
Individuelle Vereinbarungen	§§ 138, 444	+ § 475	§§ 138, 444
AGB	+ § 307	+ § 475	§§ 307, 309

Das BGB regelt als derogationsfreundlichsten Teil die Beziehung zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern aufgrund individueller Vereinbarung am wenigsten. Hier kommt zunächst die *allgemeine Sperre des § 138* zum Tragen. Hiernach sind Verträge insoweit nichtig, als sie gegen die guten Sitten verstoßen. Hinzu kommt der *allgemeine Haftungsausschluss aus § 444*,

wonach der Verkäufer bei arglistigem Verschweigen eines Mangels oder der Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit der Sache seine Verantwortlichkeit nicht beschränken kann. Beim Verbrauchsgüterkauf kommt neben §§ 138 und 444 auch noch die besondere Bestimmung des § 475 Abs. 1 zum Tragen. Hiernach kann sich der Unternehmer nicht darauf berufen, dass er eine Vereinbarung über Mitteilung eines Mangels getroffen habe, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 – 435, 437, 439 – 443 abweicht. Gleiches gilt für Abweichungen von den Bestimmungen der §§ 474 – 479. Diese Regelungen sollen auch zum Tragen kommen, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden (§ 475 Abs. 1 S. 2). Unklar ist allerdings, was das Gesetz dogmatisch mit „kann der Unternehmer sich nicht berufen“ meint; der RegE sprach deutlich davon, dass eine abweichende Vereinbarung „unwirksam“ sei.

Bei der Verwendung von AGB kommt für den Bereich zwischen Unternehmern oder Verbrauchern neben §§ 138, 444 auch noch eine Anwendung von §§ 307 und 309 in Betracht. Es fällt auf, dass § 475 wie ein Störfaktor wirkt, denn hiermit sind in Individualverträgen zu Lasten der Verbraucher Regelungen ausgeschlossen, die im Rahmen der Inhaltskontrolle auch bei Verträgen

\* Der Beitrag ist Teil des demnächst im ZAP-Verlag erscheinenden Werks „Hoeren/Martinek, SKK – Systematischer Kommentar zum Kaufrecht“.

mit Verbrauchern wiederum ausdrücklich für wirksam erachtet werden (s. § 309). Allerdings steht § 309 unter dem Vorbehalt „auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist“. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass zwingende Bestimmungen des BGB vorrangig zu prüfen sind. Gemeint ist vor allem die Regelung in § 475 zugunsten des Verbrauchsgüterkaufs. Der Gesetzgeber hat sich insoweit bei der Schuldrechtsreform dafür entschieden, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in engstem Umfang, rein nach Wortlaut umzusetzen. Dadurch entstehen jedoch *Wertungswidersprüche*, die kaum noch auflösbar sind, wie im Weiteren zu zeigen sein wird.

Fraglich ist vor allem, welcher Raum für § 309 bleibt. Diese Regelung gilt ja nicht für Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer vereinbart werden (§ 310 Abs. 1). Insofern gilt § 309 hauptsächlich für Geschäfte von Unternehmen zu Unternehmen sowie für die Bereiche der Geschäfte mit Verbrauchern, die vom Begriff des Verbrauchsgüterkaufs nicht umfasst sind. Das sind der Verkauf unbeweglicher Sachen (§ 474 Abs. 1 S. 1) und die Zwangsversteigerung gebrauchter Sachen (§ 474 Abs. 1 S. 2). Hinzu kommen abseits des Kaufrechts insbesondere die Bereiche des Werkvertragsrechts, voran das Recht der Bauleistungen; bei Letzterem gelten allerdings die Bestimmungen des § 309 Nr. 8 bb) und ff) nur eingeschränkt. I.Ü. ist zu bedenken, dass auch im Verhältnis Unternehmen/Verbraucher im Bereich der Haftung abweichende Vereinbarungen zulässig sind (§ 475 Abs. 2).

Nach § 307 Abs. 1 sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmungen nicht klar und verständlich sind (§ 307 Abs. 1 S. 2). Nach § 310 Abs. 1 S. 2 ist allerdings bei der Auslegung dieser Vorschrift auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen. Im AGB-Recht gelten die Klauselverbote der §§ 307 – 309, die den bisherigen Bestimmungen in §§ 9 – 11 AGB weitgehend entsprechen.

Fraglich ist allerdings, ob § 475 eine Leitbildfunktion im Rahmen von § 307 für Verträge zwischen Unternehmen hat.<sup>1</sup> Man könnte aus § 475 die Konsequenz ziehen, dass die dort genannten Regelungen des Kaufrechts AGB-fest sind. Dagegen spricht jedoch die klare Aufteilung der verschiedenen Vertragstypen mit der jeweiligen Abgrenzung von Geschäften zwischen Unternehmen und Unternehmen und Verbrauchern. Entscheidend ist das *argumentum e contrario*. Wenn das BGB nunmehr infolge der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Anwendungsbereich der zwingenden Bestimmungen in § 475 eng auslegt, kann daraus nur der

Rückschluss gezogen werden, dass in den Bereichen außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs der Grundsatz der *Vertragsautonomie* gilt. Über § 307 die Grundgedanken des § 475 und der darin verwiesenen Vorschriften einfließen zu lassen, würde dieses Grundmodell konterkarieren.

## 2. Kosten-Nutzen-Analyse

Es kann durchaus sinnvoll sein, unwirksame Geschäftsbedingungen zu entwickeln. Denn viele Anwender lassen sich (leider) durch Klauseln abschrecken, die z.B. jegliche Gewährleistung und Haftung ausschließen (und damit nach § 307 unwirksam sind). Allerdings ist bei einer solchen Vorgehensweise eine Kosten-Nutzen-Analyse erforderlich. Diese Analyse muss auch die Rechtsverfolgungs-, Schadensersatz- und Abmahnkosten, die mit der Verwendung unwirksamer Geschäftsbedingungen entstehen können, berücksichtigen. Denn die Rechtsprechung geht bei unangemessenen Bedingungen davon aus, dass der Anwender vom Vertrag zurücktreten und die ihm bisher entstandenen Kosten als Schaden nach § 280 Abs. 1 verlangen kann.

## 3. Auslegung nach dem UN-Kaufrecht

Zu beachten ist ferner, dass die Reform des Schuldrechts ihren Ausgangspunkt im UN-Kaufrecht und einer entsprechenden Richtlinie hatte. Es bietet sich daher an, bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften hilfsweise auch Bestimmungen des UN-Kaufrechts heranzuziehen, ohne im Rahmen der historischen Auslegung und der Frage nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch deren Bezug zum internationalen Warenkaufrecht einzuhalten.

## 4. Bisherige Rechtsprechung zum AGBG

Zu beachten ist ferner, dass sich das neue BGB nicht vollständig vom alten AGBG losgelöst hat. Vielmehr war der Grundgedanke, soweit wie möglich die alten Bestimmungen beizubehalten und diese lediglich formal in das BGB zu integrieren. Von daher können weitgehend ältere Teile der Rechtsprechung übernommen werden. Vorsicht ist nur da geboten, wo die Inhaltskontrolle auf vertragswesentliche Pflichten und Rechte der Parteien abstellt (s. § 307). Hier ist zu bedenken, dass gerade im Kauf- und Werkvertragsrecht die vertragswesentlichen Rechte und Pflichten der Parteien grundlegend geändert worden sind. Dies muss auch auf die Auslegung der entsprechenden Klauseln, insbesondere im kaufmännischen Verkehr, Rückwirkungen haben.

Der Anwendungsbereich der *Inhaltskontrolle* hat sich erheblich erweitert. Dies gilt insbesondere für Arbeitsverträge. Hier sieht § 310 Abs. 4 S. 2 nur noch vor,

<sup>1</sup> S. hierzu die Bedenken von *Westermann* JZ 2001, 530, 535 f.

dass bei der Anwendung der Regeln zur Inhaltskontrolle auf Arbeitsverträge die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind. Ferner sollen die allgemeinen Regeln zur Einbeziehung von AGB im Arbeitsrecht keine Anwendung finden.

## II. Ausschluss der Gewährleistung bei Neuwaren

Zunächst ist fraglich, ob der Verkäufer die Gewährleistung gänzlich ausschließen kann. Zu solchen Gewährleistungsausschlüssen zählen auch ähnliche Gestaltungsformen wie etwa:

➤ „Der Käufer bestätigt bei der Anlieferung, dass die gelieferte Ware bei Übergabe in einwandfreiem Zustand war“,

oder die Formulierung:

➤ „Wir übernehmen keine Gewähr für Sonderangebote und Abholwaren.“

### 1. Reichweite von § 309 Nr. 8 BGB

Diese Klausel verstößt zunächst im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher bei AGB gegen § 309 Nr. 8d, sofern es um Verträge zur Lieferung neu hergestellter Sachen geht. Dabei ist zu beachten, dass diese Regelung sowohl Rechts- wie Sachmängel umfasst.

### 2. Reichweite von § 307 BGB

Zwischen Kaufleuten ist eine solche Klausel auch unwirksam.<sup>2</sup> Insofern kommt die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, § 310 Abs. 1 zum Tragen.

### 3. Verbrauchsgüterkauf

Schwierig ist die Frage, ob beim Verbrauchsgüterkauf zu Lasten eines Verbrauchers ein solcher Gewährleistungsausschluss zulässig wäre. § 475 Abs. 1 S. 1 verbietet eine Abweichung von § 437 zum Nachteil des Verbrauchers. Nach § 437 hat der Käufer das Recht, Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz zu verlangen. Diese Beschränkung von § 437 Nr. 1 und 2 rechtfertigt die Annahme, dass eine entsprechende Vereinbarung gegen § 475 Abs. 1 verstößt.

§ 475 Abs. 1 S. 1 ordnet somit die zwingende Anwendbarkeit der genannten Vorschriften an. Nach § 475 Abs. 1 S. 2 sind auch solche Vereinbarungen unwirksam, die durch anderweitige Vertragsgestaltung darauf abzielen, die Rechte des Käufers zu dessen Nachteil zu modifizieren.

Eine solche Möglichkeit könnte sich im Kaufrecht aus einer Vereinbarung über die Mängelfreiheit der Kaufsache ergeben. Formulierungen wie die bereits erwähnte „verkauft wie besichtigt“-Formel stellen eine vertragliche Fixierung der „vereinbarten Beschaffenheit“ der Sache i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 dar. Durch eine derartige

Klausel wird die Sache so, wie sie der Käufer zu Gesicht bekommt, als mängelfrei deklariert. Etwaig auftretende Defizite kann der Käufer daher nicht im Rahmen der ihm zustehenden Gewährleistungsansprüche geltend machen; sie fallen durch die Vereinbarung nicht in den Definitionsbereich des Mangels.

Da es sich somit um eine mittelbare Außerkraftsetzung der dem Verbraucher gewährten Gewährleistungsrechte handelt, ist davon auszugehen, dass auch solche Formeln zukünftig gem. § 475 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 475 Abs. 1 S. 1 unwirksam sind.

## 4. Individualvereinbarungen mit Unternehmen

Unwirksam ist i.Ü. die genannte Klausel auch nach § 138. Zu beachten ist ferner der Bereich der Arglist und der Garantien (§ 444).

## III. Verkauft wie besichtigt

Besondere Probleme stehen beim *Gebrauchthandel* an, sofern es um die Gewährleistung geht.

### 1. Reichweite von § 309 BGB

§ 309 schließt den Bereich der Lieferung gebrauchter Waren ausdrücklich aus. Im Anwendungsbereich von § 309 sind daher Beschränkungen der Gewährleistung zulässig. Allerdings greift die Regel nur bei *Immobilienkäufen* und *öffentlichen Versteigerungen* ein, da ansonsten § 475 zum Tragen kommt.

In Bezug auf die Gebrauchtwaren stellt sich zusätzlich noch die Frage, wie sich die Regelungen zur Gewährleistung zu derjenigen der Haftung verhalten. In Bezug auf die Gewährleistung war ja ein weitgehender Ausschluss der Verantwortlichkeit im Gesetz ausdrücklich als zulässig angesehen worden (§ 309 Nr. 8b). § 309 Nr. 7 sieht aber nunmehr eine *uneingeschränkte Haftung für grobes Verschulden* vor. Der Bundesrat sah hierin ein Problem für Geschäfte zwischen Verbrauchern in Bezug auf Gebrauchtwaren; eine Änderung ist jedoch nicht erfolgt.

### 2. Reichweite von § 475 BGB

§ 475 Abs. 1 S. 1 gilt auch für den Verkauf gebrauchter Sachen an Verbraucher. Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 474 Abs. 1 S. 2, wonach zum Verbrauchsgüterkauf der Verkauf gebrauchter Sachen nur dann nicht gehört, wenn diese im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden. Damit sind die in § 475 Abs. 1 genannten Rechte des Käufers AGB-fest. Ein pauschaler Ausschluss der Gewährleistung, etwa durch die Formulierung „verkauft wie besichtigt“, ist demnach nichtig.

<sup>2</sup> S. dazu BGH ZIP 1991, 1362.

Daraus resultieren aber Folgeprobleme. Zum einen ist zu beachten, dass der Bereich der Haftung von § 475 ausgenommen worden ist (§ 475 Abs. 3). Hier sind Individualvereinbarungen möglich:

➤ „Die Haftung für Mängel der Gebrauchsache wird ausgeschlossen.“

Für AGB ist allerdings § 309 Nr. 7b zu beachten.<sup>3</sup> Zum anderen bestimmen die Parteien ja selbst die geschuldete „Beschaffenheit“; § 434 Abs. 1 S. 1 verweist insofern auf die „vereinbarte Beschaffenheit“. Damit haben es die Parteien in der Hand, über die vertragliche Beschaffenheit mittelbar auch Gewährleistungsfragen zu regeln.

### 3. Reichweite von § 307 BGB

§ 307 kommt zum Tragen, wenn Unternehmer untereinander Standardverträge schließen oder ein Standardvertrag mit einem Verbraucher nicht unter den Begriff des Verbrauchsgüterkaufes subsumiert werden kann. In diesen Fällen kann auf die bisherige Rechtsprechung zu § 9 ABGB zurückgegriffen werden. Hiernach ist ein *umfassender Gewährleistungsausschluss* auch im Verhältnis zu einem Verbraucher formularmäßig möglich.<sup>4</sup> Denkbar sind hier Klauseln wie „gebraucht, wie besichtigt“ und „unter Ausschluss der Gewährleistung“.<sup>5</sup> Der Ausschluss gilt auch für Schwerstmängel.<sup>6</sup> Ausgenommen sind Garantien sowie der Fall der Arglist (§ 444). Früher wurde noch diskutiert, ob ein Gewährleistungsausschluss nicht dann unwirksam sei, wenn die Gebrauchstauglichkeit als vereinbart anzusehen ist.<sup>7</sup> Überzeugend war diese Linie nie. Denn bei vereinbarter Gebrauchstauglichkeit kommen § 305b und der dort statuierte Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede zum Tragen.<sup>8</sup> Denkbar wäre allerdings eine Berücksichtigung dieses Aspektes durch die Formulierung:

➤ „Die Gewährleistung wird außer für den Fall der Garantie, der Arglist oder der anderweitigen Vereinbarung ausgeschlossen.“

### 4. Reichweite von § 138 BGB

§ 138, der insbesondere bei Individualverträgen zwischen Unternehmern zur Anwendung gelangt, kommt hier nicht zur Anwendung. Insofern ist der Ausschluss der Gewährleistung abseits von § 444 zulässig. § 444 könnte hier allerdings besondere Schwierigkeiten bereiten, als der Begriff der „Garantie“ unklar ist.

## IV. Nacherfüllung

Fraglich ist ferner, inwieweit ein Nacherfüllungsrecht des Verkäufers nachträglich vertraglich verankert werden kann.

### 1. Reichweite von § 309 Nr. 8 Buchst. b) bb) BGB

Im Rahmen von § 309 Nr. 8 Buchst. b) bb) ist eine Beschränkung der Rücktritts- und der Minderungsrechte durch eine vorgeschaltete Nacherfüllungsphase zulässig. Zu beachten ist allerdings die Abgrenzung zu §§ 474, 475. Denn für den Verbrauchsgüterkauf bleibt es zwingend dabei, dass der Käufer wahlweise Nacherfüllung, Minderung oder Rücktritt verlangen kann. Nur bei Verbrauchergeschäften, die nicht unter den Verbrauchsgüterkauf fallen, kommt § 309 Nr. 8 zum Tragen.

Unzulässig dürften bisherige Klauseln sein, die ein „*Nachbesserungsrecht*“ des Käufers vorsahen. Allein schon die bloße Formulierung:

➤ „Der Käufer kann Nachbesserungen der Ware verlangen.“

verstößt bereits deshalb gegen § 309 Nr. 8b, weil der rechtsunkundige Käufer den Eindruck haben könnte, dass er außer der Nachbesserung keine weiteren Rechte geltend machen kann. § 309 Nr. 8 Buchst. bb) sieht allerdings vor, dass dem anderen Vertragsteil ausdrücklich das Recht vorbehalten sein muss, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten. Dem Kunden muss somit auch ein Recht auf Rücktritt oder Minderung bei fehlgeschlagenen Nacherfüllungen verbleiben.

Ein bloßer Hinweis auf die „Nachbesserung“ verstößt ferner gegen die Vorgaben des § 309 Nr. 8 insofern, als damit der Eindruck erweckt würde, es könne nur eine Nachbesserung verlangt werden. Nach §§ 437, 439 geht der Begriff der Nacherfüllung jedoch weit über den der Nachbesserung hinaus. Er umfasst sowohl die Beseitigung des Mangels wie die Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1). Denkbar ist allerdings eine Beschränkung auf eine der beiden Nachbesserungsmöglichkeiten, etwa durch deutlichen Verweis auf die Möglichkeit der Mängelbeseitigung.

Wie bei der bisherigen Rechtsprechung könnte auch der Begriff der „*Minderung*“ problematisch sein. Allerdings wurde der frühere Begriff „Herabsetzung der Vergütung“ durch den Terminus „Minderung“ ersetzt (s. § 437 Nr. 2, § 441). Hierin ist ein Indiz dafür zu sehen, dass auch in AGB von Minderung geredet werden darf. Anders als nach der Rechtsprechung zum ABGB wird der Verweis auf die „Minderung“ im nichtkaufmännischen Verkehr unwirksam, da das Gesetz nunmehr den Begriff selbst als *terminus technicus* verwendet.

3 S. dazu unten Punkt VII. 1. b).

4 S. BGH NJW 1981, 928; NJW 1983, 217.

5 BGHZ 74, 373, 390.

6 Vgl. BGH NJW 1984, 1452, 1453.

7 Wolf/Horn/Lindacher, ABG-Gesetz, 4. Aufl. 1999, Einl. § 11 Nr. 10 Rn. 27.

8 BGH NJW 1993, 657.

Zulässig dürfte eine Formulierung sein, die der BGH in einer früheren Entscheidung einmal gebilligt hat:<sup>9</sup>

➤ „Solange wir unseren Verpflichtungen zur Nacherfüllung, insbesondere zur Behebung von Mängeln oder zur Lieferung einer mangelfreien Sache, nachkommen, hat der Kunde kein Recht, eine Herabsetzung der Vergütung zu verlangen oder den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, sofern nicht ein Fehlschlagen der Nacherfüllung vorliegt.“

Zulässig ist ferner auch eine *Beschränkung der Zahl der Nacherfüllungsversuche*. Von der Rechtsprechung wurde die Einführung einer Duldungspflicht des Kunden für drei Nachbesserungsversuche für zulässig erachtet.<sup>10</sup> Jetzt ist auf § 440 S. 2 abzustellen, der ein Fehlschlagen der Nachbesserung nach *zwei Versuchen* annimmt.

§ 439 Abs. 4 sieht ferner die Möglichkeit vor, dass der Verkäufer vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache bei Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Eine solche Rückgewährpflicht wird man auch AGB-rechtlich verankern können. Ferner kann die Nacherfüllung davon abhängig gemacht werden, dass der Kaufpreis zu einem angemessenen Teil bezahlt ist (§ 309 Nr. 8 b) dd)).

## 2. Reichweite von § 307 BGB

Im Rahmen von § 307 kommt das Grundmodell von § 308 ebenfalls zum Tragen. Erlaubt ist es, Rücktritt und Minderung vom Fehlschlagen der Nacherfüllung abhängig zu machen. Die beiden Primärrechte dürfen dann aber nicht beschränkt werden.<sup>11</sup> Eine Beschränkung z.B. auf das Minderungsrecht ist auch zwischen Unternehmen AGB-mäßig unzulässig.<sup>12</sup>

Gestärkt sind die Rückgriffsrechte des Handels gegenüber den „Hintermännern“. Nach § 478 BGB kann der Unternehmer im Falle des Verbrauchsgüterkaufs seine Lieferanten einfacher in Anspruch nehmen. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass der Mangel der Kaufsache ja nicht vom Händler selbst, sondern vom Hersteller zu vertreten ist. Insofern kann der Endverkäufer bei seinen „Hintermännern“ bis zu *fünf Jahre Rückgriff* nehmen (§ 479 Abs. 1 und Abs. 2). Auch hierzu regelt das Gesetz Fragen der vertraglichen Dispositivität. Nach § 478 Abs. 4 kann eine Vereinbarung zum Nachteil des Unternehmers nicht erfolgen, wenn dem Rückgriffsgläubiger kein gleichwertiger Ausgleich eingeräumt wird. Diese Regelung soll jedoch nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz gelten (§ 478 Abs. 4 S. 2). Ein gleichwertiger Ausgleich kann etwa im Rahmen von pauschalisierten Abrechnungssystemen eingeführt werden.

## 3. Reichweite von § 475 BGB

Diese inhärente Beschränkung macht die Klausel auch für Verbrauchsgüterkaufvereinbarungen gegenüber

Verbrauchern unwirksam, da insofern eine Einschränkung des § 439 vorliegt, die nach § 475 nicht zum Nachteil des Verbrauchers vereinbart werden kann. Dies gilt jedoch nur, wie die systematische Stellung dieser Regelung belegt, für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, d.h. für Kaufverträge über bewegliche Sachen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, § 474 Abs. 1. Nach § 475 Abs. 1 S. 1 haben die Vorschriften über die Ansprüche und Rechte des Käufers bei Mängeln zwingenden Charakter, so dass weder das Recht des Käufers auf Nacherfüllung/Nachlieferung noch die Rechte auf Minderung oder Rücktritt nachteilig verändert bzw. ausgeschlossen werden dürfen. Bei einem Vertrag zwischen einem Verbraucher (Käufer) und einem Unternehmer (Verkäufer) ist daher in Zukunft eine *Regelung, die ein primäres Nacherfüllungsrecht des Verkäufers anordnet*, seit dem 1.1.2002 als *unwirksam* gem. § 475 Abs. 1 S. 1 zu qualifizieren. Denn eine Verkoppelung von Nacherfüllungsmöglichkeit mit subsidiärer Minderungs- oder Rücktrittsmöglichkeit würde die Rechte des Käufers nach § 439 beschränken.

Allerdings wird diese Rigidität dadurch abgemildert, dass § 437 Nr. 2 für den Rücktritt auf §§ 323, 326 Abs. 5 und 440 verweist. Ähnliches gilt für die Minderung (§ 437 Nr. 2 i.V.m. § 441). Das Gesetz ist zwar insofern unklar, als die Abhängigkeit der Minderung vom Vorliegen eines Rücktrittsrechts nicht deutlich wird. Allgemein wird jedoch davon ausgegangen, dass der Käufer auch vor der Minderung erst den Anspruch auf Nacherfüllung durchzusetzen hat.<sup>13</sup> Man kann insofern einen Umkehrschluss aus § 411 Abs. 1 S. 2 ziehen. Nach § 323 kommt ein Rücktritt vom Vertrag nur in Betracht, wenn dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt worden ist. Eine Fristsetzung ist in bestimmten Fällen (§ 323 Abs. 2) entbehrlich, wobei hierzu auch die Konstellation zählt, dass die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist (§ 440 S. 1). Insofern geht auch das gesetzliche Modell davon aus, dass grds. vor dem Rücktritt erst eine Nacherfüllungsphase einzuhalten ist und, u.a. beim Fehlschlagen der Nacherfüllung, der Wechsel zum Rücktritt erfolgen kann. Allerdings ist der Rücktritt nicht erst beim Fehlschlagen der Nacherfüllung möglich; vielmehr nennen §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 und § 440 S. 2 eine Reihe von Gründen, bei denen eine Fristsetzung entbehrlich ist. Eine AGB-mäßige Beschränkung von Rücktritt und Minderung auf das Fehlschlagen der Nachbesserung würde damit §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 und § 440 S. 2 konterkarieren und wäre damit ein Verstoß gegen § 475 Abs. 1 BGB.

9 BGH NJW-RR 1990, 886 = MDR 1990, 814.

10 AG Offenburg CR 1997, 86.

11 BGH NJW 1981, 1501; NJW-RR 1986, 52, 53.

12 BGH NJW 1981, 1501; BB 1993, 1755, 1757.

13 *Dauner-Lieb*, Fälle zum neuen Schuldrecht, S. 143.

## V. Kosten der Nachbesserung

Wie so häufig versuchen Verkäufer, die Kosten der Nacherfüllung (früher: Nachbesserung) auf den Käufer abzuwälzen.

### 1. Reichweite von § 309 BGB

Verboten sind Klauseln, wonach die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen auf den Käufer übertragen werden sollen (§ 309 Nr. 8 Buchst. b) cc)). Nichtig sind daher Klauseln wie

- „Erforderliche Ersatzteile und die anfallende Arbeitszeit werden nicht berechnet.“

Denn hierdurch entsteht der Eindruck, dass der Käufer sich i.Ü. an den Kosten zu beteiligen habe.<sup>14</sup> Gleiches gilt für die Formulierung

- „Der Transport der Ware zum Zwecke der Reparatur erfolgt auf Kosten und Gefahr des Kunden.“<sup>15</sup>

Besonders gefährlich ist der Versuch, Wartung/Pflege von Software mit der Gewährleistung zu verquicken. Typisch hierfür ist folgende Klausel:

- „Die Nachbesserung erfolgt aufgrund einer gesonderten Auftragserteilung des Käufers/im Rahmen eines gesonderten Wartungsvertrages.“

Solche Versuche sind sämtlich unwirksam.<sup>16</sup> Dies gilt auch für die entsprechenden Wartungsverträge, die Mängelbeseitigung zur (entgeltlichen!) Wartungs-/Pflegeleistung erklären. Der Kunde kann das für solche Leistungen gezahlte Entgelt zurückverlangen; der Wartungsvertrag selbst ist insoweit nichtig.

Bestehen bleibt die ältere Rechtsprechung zu Rügepflichten. Nach § 309 Nr. 8 b) ee) kann der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzen; diese darf aber nicht kürzer sein als die gesetzliche Gewährleistungsfrist.

Auch gegenüber Kaufleuten unwirksam sind daher Klauseln:

- „Mängel müssen unverzüglich nach Feststellung schriftlich geltend gemacht werden.“

oder

- „Versteckte Mängel sind unverzüglich nach Sichtbarwerden schriftlich zu rügen.“

Entscheidend ist der Begriff „offensichtliche“, und seine Ersetzung durch andere Formulierungen macht die Klausel unwirksam, etwa im Falle von

- „Sichtbare Mängel sind unverzüglich zu rügen.“

oder

- „Erkennbare Mängel sind schriftlich binnen 14 Tagen geltend zu machen.“

Eine schriftliche Erklärung der Rüge kann verlangt werden. Die Einführung einer Pflicht, Rügen mittels Einschreibens oder besonderer Formulare zu erklären, ist bei Nicht-Kaufleuten gem. § 309 Nr. 13 unwirksam. Kürzere Rügefristen als vier Wochen nach der Übergabe sind jedenfalls im nichtkaufmännischen Bereich nichtig, so etwa:

- „Offensichtliche Mängel sind unverzüglich schriftlich zu rügen.“

oder

- „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen schriftlich zu rügen.“

### 2. Reichweite von § 307 BGB

Sollte im kaufmännischen Verkehr der Versuch unternommen werden, die *Erfüllungskosten auf den Käufer abzuwälzen*, bleibt § 307 zu prüfen. Zu bedenken sind insofern die gesetzlich vorgeschriebenen Rechte des Käufers nach §§ 437 Nr. 1, 439, wonach dieser Nacherfüllung verlangen kann. Die Nacherfüllung besteht nach Wahl des Käufers in der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 439 Abs. 1). § 439 Abs. 2 bestimmt darüber hinaus, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat. Diese vertragswesentlichen Pflichten des Verkäufers lassen sich nicht zu Lasten des Käufers abwälzen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2). Insofern kann auf die ältere Literatur zur Abbedingung von § 476a BGB im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verwiesen werden.

Allerdings ist im Unterschied zur damaligen Wertung zu beachten, dass der *Nacherfüllungsanspruch* nunmehr *gesetzlich verankert* ist, während er nach altem Recht ein dispositives Recht war, das vor allem zugunsten des AGB-Verwenders nachträglich in die Geschäftsbedingungen aufgenommen worden ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bereits § 439 Abs. 2 davon ausgeht, dass dem Verkäufer die gesetzliche Pflicht zur Tragung von Aufwendungen für die Nacherfüllung obliegt. Man wird daher aus dieser Vorschrift auch den gesetzgeberischen Befehl entnehmen müssen, einer Abbedingung dieser Kostentragungspflicht im Verhältnis Unternehmen zu Unternehmen durch eine entsprechende AGB-Kontrolle entgegen zu treten.

### 3. Reichweite von § 475 BGB

Diese Überlegungen gelten auch für den *Verbraucher-güterkauf*. § 475 schließt ausdrücklich eine Regelung aus, die die Rechte des Verbrauchers nach § 439

<sup>14</sup> BGH NJW 1981, 867.

<sup>15</sup> LG München EzAGBG § 11 Nr. 10c Nr. 3; ähnlich OLG München NJW-RR 1986, 604.

<sup>16</sup> OLG Köln NJW-RR 1987, 1192.

schmälern würde. Hierzu zählt auch jedweder Versuch, Kosten für eine Nacherfüllung in Rechnung zu stellen.

#### 4. Reichweite von § 138 BGB

Sofern *Unternehmer mit Unternehmern* individualvertraglich eine Übernahme von Nacherfüllungskosten vereinbaren, kann aus § 475 e contrario geschlossen werden, dass Individualverträge im Bereich Unternehmen zu Unternehmen hinsichtlich der Kostenübernahme zulässig sind.

#### VI. Rügepflichten

Häufig wird versucht, den Käufer dazu zu verpflichten, Mängel zu rügen. Zu beachten ist hier, dass sich aus §§ 377, 378 HGB Rügepflichten für Kaufleute ergeben. Für Verbraucher gibt es solche Pflichten auf gesetzlicher Grundlage nicht. Fraglich ist, ob man diese vertraglich einführen kann.

#### 1. Reichweite von § 309 BGB

Nach § 309 Nr. 8 b) ee) kann der Verwender für nicht-offensichtliche Mängel eine *Anzeigefrist* setzen; diese darf aber nicht kürzer sein als die gesetzliche Gewährleistungsfrist. Diese Regelung entspricht den bisherigen Vorgaben § 11 Nr. 10e AGBG.

*Unwirksam* sind daher Klauseln wie:

- „Mängel müssen unverzüglich nach Feststellung schriftlich geltend gemacht werden.“<sup>17</sup>
- „Versteckte Mängel sind unverzüglich nach Sichtbarwerden schriftlich zu rügen.“<sup>18</sup>
- „Alle Mängel sind binnen drei Monaten anzuzeigen.“
- „Mängel müssen unverzüglich bei Ablieferung gerügt werden. Ansonsten ist jegliche Gewährleistung und Haftung für solche Mängel ausgeschlossen.“<sup>19</sup>

In AGB darf allerdings eine Pflicht eingeführt werden, offensichtliche Mängel binnen einer angemessenen Frist zu rügen. Dabei muss der Begriff „*offensichtlicher Mangel*“ verwendet werden; daher sind folgende Formulierungen *unwirksam*:

- „Sichtbare Mängel sind unverzüglich zu rügen.“<sup>20</sup>
- „Erkennbare Mängel sind schriftlich binnen vierzehn Tagen geltend zu machen.“<sup>21</sup>

Hinsichtlich des Zeitraumes für die Rüge ist ein Zeitraum von vier Wochen ab Übergabe ausreichend. Anderweitige Vereinbarungen, die einen kürzeren Zeitraum vorsehen oder den Beginn der Frist nicht genau definieren, sind jedenfalls *im nichtunternehmerischen Bereich unwirksam*, so etwa:

- „Offensichtliche Mängel sind unverzüglich schriftlich zu rügen.“<sup>22</sup>
- „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen schriftlich zu rügen.“

Zu beachten ist, dass allenfalls eine schriftliche Erklärung der Rüge verlangt werden kann. Die Einführung einer Pflicht, Rügen mittels Einschreibens oder besonderer Formulare zu erklären, ist bei Nichtkaufleuten gem. § 309 Nr. 13 unwirksam.<sup>23</sup>

*Zulässig* ist demgegenüber eine Klausel des Wortlauts:

- „Offensichtliche Mängel sind binnen vier Wochen ab Übergabe der Ware schriftlich zu rügen.“

Wichtig ist, dass der Begriff des Mangels im neuen BGB deutlich erweitert worden ist. Zum Mangel zählen auch die Fälle der Falsch- und Zuweniglieferung (§ 434 Abs. 3). Diese beiden neuen Konstellationen sind nunmehr auch Gegenstand einer denkbaren Regelung zur Rügepflicht und sollten auch in den AGB als solche ausdrücklich genannt werden.

#### 2. Reichweite von § 307 BGB

Zwischen Unternehmern ist zu bedenken, dass im Rahmen von § 310 die Rügepflichten zwischen Kaufleuten eine zentrale Rolle spielen. §§ 377, 378 HGB verpflichten die Kaufleute für Mängel und Falschlieferungen zur unverzüglichen Prüfung und Rüge. Kommen sie diesen Pflichten nicht nach, sind sie mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus diesen Mängeln ausgeschlossen. Dabei stellt das HGB auf die Erkennbarkeit der Mängel ab und unterscheidet sich insofern von der Grundkonzeption des BGB, das auf die Offensichtlichkeit abstellt. Es lässt sich daher aus § 309 Nr. 8 nicht der Rückschluss ziehen, dass auch bei offensichtlichen Mängeln im unternehmerischen Bereich eine Beschränkung der Gewährleistung ausgeschlossen ist. I.Ü. kommt eine Anwendung der Grundzüge zur Inhaltskontrolle nicht in Betracht, sofern lediglich die Rügepflichten aus dem HGB in die AGB integriert werden (§ 305b). Ausgeschlossen sind allerdings erhebliche Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des HGB, insbesondere im Hinblick auf die Länge der Prüfungspflichten. Unzulässig ist es ferner, das Rügerecht an anderen Umständen fest zu machen, etwa an einer Bearbeitung oder Umgestaltung der Ware.<sup>24</sup>

#### 3. Reichweite von § 475 BGB

Beim *Verbrauchsgüterkauf* kommt eine Einführung von Rügepflichten nicht in Betracht. § 437 sieht Rechte des Käufers ohne Rücksicht auf die Einhaltung von Rügepflichten vor. § 475 Abs. 1 verbietet die Abweichung

17 OLG Stuttgart BB 1979, 1468.

18 BGH NJW 1985, 855.

19 BGH NJW-RR 1986, 52; ähnlich OLG Hamm NJW-RR 1987, 311.

20 OLG Stuttgart BB 1979, 908; BGH NJW 1985, 855; LG Köln NJW 1986, 67.

21 LG München I EzAGBG § 11 Nr. 10e Nr. 9.

22 LG Köln NJW 1986, 69.

23 OLG München NJW-RR 1987, 661, 664.

24 BGH NJW 1985, 3016.

von diesem gesetzlichen Modell zu Lasten des Verbrauchers. Diese harte Regelung wird durch § 442 Abs. 1 S. 2 ein wenig abgemildert. Hiernach kann der Käufer bei grober fahrlässiger Unkenntnis eines Mangels Gewährleistungsrechte nicht geltend machen (es sei denn, es liegt ein Fall der Arglist oder einer Garantie vor). Insofern unterliegt der Käufer schon kraft Gesetzes bestimmten Prüfungspflichten, sofern ihm schon beim Vertragsschluss Mängel offensichtlicher Art bekannt sein müssten.

#### 4. Reichweite von § 138 BGB

Individualvertraglich bestehen gegen die Einführung von Rügepflichten keine Bedenken, soweit diese nicht auf einen faktischen Gewährleistungsausschluss eo ipso hinauslaufen, z.B.:

- *„Der Käufer bestätigt bei Vertragsschluss die Mängelfreiheit der Ware.“*

Beitrag wird in Heft 2 fortgesetzt!