

Herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. Bernd Klasmeyer, Köln, und Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler, Köln

in Verbindung mit Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris, München · Richter am BSG Dr. Alexander Gagel, Kassel · Prof. Dr. Walter Gerhardt, Bonn · Prof. Dr. Hans Hanisch, Genf · Prof. Dr. Wolfram Henckel, Göttingen · Rechtsanwalt Dr. Joachim Kilger, Hamburg · Prof. Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn · Prof. Dr. Marcus Lutter, Bonn · Vors. Richter am BGH Franz Merz, Karlsruhe · Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dipl.-Kfm. Rudolf J. Niehus, Düsseldorf · Richter am BAG Günter Schaub, Kassel · Prof. Dr. Karsten Schmidt, Hamburg · Prof. Dr. Rolf Serick, Heidelberg · Vizepräsident des BGH a. D. Dr. h. c. Walter Stimpel, Karlsruhe · Prof. Dr. Peter Ulmer, Heidelberg · Richter am BFH Dr. Eberhard Weiß, München.

## Aufsätze

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

### Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts bei Kollision von Abwehrklauseln in Einkaufs-AGB mit Verkaufs-AGB<sup>\*)</sup>

*Soweit Einkaufs-AGB in der Wirtschaft Verwendung finden, enthalten sie eine die Verkaufs-AGB ausschließende Abwehrklausel. Unter Berücksichtigung der Tendenzen in der BGH-Judikatur (BGH WM 1979, 805; BGH ZIP 1982, 447; BGH ZIP 1982, 845; BGH ZIP 1986, 1052 einerseits und BGH ZIP 1985, 544; BGH WM 1986, 643 andererseits) stellt sich deshalb die Frage, ob der in den Verkaufs-AGB enthaltene einfache Eigentumsvorbehalt – ungeachtet der Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB – im Rahmen des Verpflichtungs- oder Erfüllungsgeschäfts wirksam vereinbart wird.*

#### I. Das Vorliegen eines Kollisionsfalls zwischen Verkaufs- und Einkaufs-AGB

Weil in der BGH-Judikatur inzwischen anerkannt ist, daß bei der Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB beim Vertragsabschluß dispositives Recht insoweit gilt, als die Parteien nicht übereinstimmend – und damit abweichend vom dispositiven Recht – eine Regelung getroffen haben<sup>1)</sup>, hängt die Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage davon ab, welche Bedeutung die Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB hat, um die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts – sowohl auf der schuldrechtlichen als auch auf der dinglichen Ebene – zu verhindern.

#### 1. Die Abwehrklausel in der BGH-Judikatur

Immer wieder hat die BGH-Judikatur betont, daß einer Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB wesentliche Bedeutung zukommt, um die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts auszuschalten.<sup>2)</sup> Auch die instanzgerichtliche Judikatur hat diesen Zusammenhang aufgezeigt<sup>3)</sup>; die Literatur hat reichlich Beifall gespendet<sup>4)</sup>. Indessen ist das Bild bei näherem Hinsehen keineswegs

einheitlich. Vielmehr differenziert der BGH sowohl im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Bedeutung als auch in bezug auf die rechtsgeschäftlichen Konsequenzen dieser Klausel, was sowohl im Hinblick auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als auch in bezug auf das dingliche Erfüllungsgeschäft vertieft werden muß.

#### 1.1 Die rechtsgeschäftliche Funktion einer Abwehrklausel

Die weitestreichende Bedeutung einer Abwehrklausel ergibt sich aus der BGH-Entscheidung vom 30. 5. 1979<sup>5)</sup>. Sie folgte der BGH in erster Linie aus ihrem *umfassenden Geltungsanspruch*. Die Klausel lautete nämlich:

„Wir kaufen nur zu diesen Bedingungen. Mit der Erfüllung des Auftrages erkennt sie der Lieferant auch für nachfolgende Lieferungen an, selbst dann, wenn seine eigenen Geschäftsbedingungen anders lauten. Abweichungen von unseren Bedingungen müssen schriftlich vereinbart sein und sind nur dann wirksam, wenn sie entweder die Unterschrift eines der in Ziff. 12 bezeich-

\*) Die Darlegungen beruhen auf einem Rechtsgutachten.

1) BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

2) BGH WM 1979, 805, 806; BGH ZIP 1982, 447, 448; BGH ZIP 1982, 845; BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGHEWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*); BGH WM 1986, 643, 644.

3) OLG Karlsruhe BB 1972, 1162; OLG Karlsruhe BB 1973, 816; OLG Frankfurt BB 1975, 1606; LG Hagen BB 1976, 723; OLG Hamm BB 1979, 701; OLG Köln BB 1980, 1237; OLG Hamm ZIP 1983, 1211; OLG Koblenz WRP 1984, 426.

4) *Staudinger/Schlosser*, BGB, 12. Aufl., § 2 Rz. 85 AGBG; *Wolff/Horn/Lindacher*, AGBG, 1984, § 2 Rz. 77; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 5. Aufl., 1986, § 2 Rz. 101 ff; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, AGBG, Bd. 3, 2. Aufl., 1985, Rz. 10f.

5) BGH WM 1979, 805, 806.

neten Herren der Geschäftsleitung oder die Unterschrift des zuständigen Centraleinkäufers tragen.

Schweigen auf uns mitgeteilte anders lautende Bedingungen des Lieferanten oder auf Einheitsbedingungen kann nicht als Anerkennung dieser Bedingungen ausgelegt werden. Insbesondere ist ein Schweigen auf Auftragsbestätigungen mit widersprechendem Inhalt nicht als Einverständnis anzusehen. Jede in einer Auftragsbestätigung enthaltene Abweichung von unseren Bedingungen wird von uns als Ablehnung unseres Auftrages gewertet.

Erfolgt die Lieferung dennoch, gilt dies unwiderleglich als Einverständnis mit unseren Einkaufs- und Zahlungsbedingungen. Nehmen wir die Lieferung an, so sind ausschließlich unsere Bedingungen vereinbart.“

Daraus folgte der BGH, daß die Einkaufs-AGB zum einen Vorrang gegenüber abweichenden Verkaufs-AGB haben sollten und daß zum anderen auch die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts wegen der *ausschließlichen* Geltung der Einkaufs-AGB scheitern sollte.

Demgegenüber erschöpft sich die rechtsgeschäftliche Funktion der Abwehrklausel in der nachfolgenden BGH-Entscheidung vom 3. 2. 1982<sup>6)</sup> darin, daß der BGH im Ergebnis die *Frage offenläßt*, ob die Eigentumsvorbehaltssicherung aufgrund der Verkaufs-AGB – wegen der *Abwehrklausel* in den entgegenstehenden Einkaufs-AGB – wirksam geworden ist. Dabei ist zu unterstreichen, daß die in dieser Entscheidung verwendete Abwehrklausel auch eine *Ausschließlichkeitsfunktion* für sich beanspruchte.

Die BGH-Entscheidung vom 5. 5. 1982<sup>7)</sup> ist im Hinblick auf die hier zu untersuchende Frage irrelevant, weil auch die Verkaufs-AGB eine Abwehrklausel enthielten, und weil – insbesondere – sowohl die Einkaufs-AGB als auch die Verkaufs-AGB erst *nach* Vertragsabschluß dem jeweiligen Empfänger zuzugingen<sup>8)</sup>.

Demgegenüber stellt die BGH-Entscheidung vom 20. 3. 1985<sup>9)</sup> maßgebend darauf ab, inwieweit – aufgrund einer in den Einkaufs-AGB vorgesehenen Abwehrklausel – gleichwohl das *Konsensprinzip* fruchtbar zu machen ist. Die rechtsgeschäftliche Funktion der Abwehrklausel ist also darauf zu überprüfen, in welchem Umfang sie entgegenstehende Bedingungen – einschließlich einer Eigentumsvorbehaltssicherung – abwehren soll, oder ob sie die Möglichkeit offenläßt, daß ein „stillschweigendes Einverständnis des anderen Teils mit den einseitig geregelten zusätzlichen Bedingungen des Vertragspartners angenommen werden kann“<sup>10)</sup>, um auf diese Weise die Eigentumsvorbehaltssicherung – hier: eines verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts – zu ermöglichen. Hinzuweisen bleibt freilich darauf, daß die verwendete Abwehrklausel eine sehr umfassende Ausformulierung erfahren hatte:

„Durch die Annahme unseres Auftrages erklärt der Lieferer sein Einverständnis mit diesen Einkaufsbedingungen. Wird unser Auftrag vom Lieferer abweichend von unseren Bedingungen bestätigt, so gelten auch dann nur unsere Einkaufsbedingungen, selbst wenn wir nicht widersprechen. Abweichungen gelten also nur, wenn sie von uns ausdrücklich schriftlich anerkannt worden sind. Ist der Lieferer mit vorstehender Handhabung nicht einverstanden, so hat er sofort in einem besonderen Schreiben

ausdrücklich darauf hinzuweisen. Wir behalten uns für diesen Fall vor, den Auftrag zurückzuziehen, ohne daß uns gegenüber Ansprüche irgendwelcher Art gestellt werden können“<sup>11)</sup>.

Die rechtsgeschäftliche Funktion der Abwehrklausel in der Entscheidung des BGH vom 5. 3. 1986<sup>12)</sup> folgt unmittelbar den entsprechenden Erwägungen des OLG Hamm<sup>13)</sup>, die der BGH im Ergebnis billigt<sup>14)</sup>. Diese Feststellung ist deswegen von Belang, weil die in dieser Entscheidung verwendete Abwehrklausel *lediglich* folgende Formulierung aufweist:

„Für von uns erteilte Aufträge sind ausschließlich unsere nachstehenden Einkaufsbedingungen maßgebend, ohne daß es eines Widerspruchs unsererseits gegenüber abweichenden Lieferantenbedingungen bedarf. Das Unterlassen solchen Widerspruchs gilt in keinem Fall als stillschweigendes Einverständnis unsererseits“<sup>15)</sup>.

Daraus folgte der BGH<sup>16)</sup>:

„Aufgrund dieses vorweggenommenen Widerspruchs der Gemeinschuldnerin gegen die abweichenden Bedingungen ihrer Lieferanten wurden die Lieferungsbedingungen der Klägerin weder insgesamt noch teilweise – insbesondere auch nicht hinsichtlich des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts – zum Inhalt der Verträge mit der Gemeinschuldnerin.“

## 1.2 Die rechtsgeschäftlichen Konsequenzen der Abwehrklausel

In der BGH-Entscheidung vom 30. 5. 1979<sup>17)</sup> führt die – freilich: umfassend formulierte – Abwehrklausel im Ergebnis dazu, daß auch der einfache Eigentumsvorbehalt auf der Ebene des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts keine Wirksamkeit entfaltet. Insbesondere ist auch kein – nachträglicher, d. h. vertragswidriger – Eigentumsvorbehalt wirksam im Rahmen des dinglichen Erfüllungsgeschäfts vereinbart worden, weil unter Berücksichtigung der dort verwendeten, umfassend formulierten Abwehrklausel der Eigentumsvorbehalt nur dann nachträglich wirksam geworden wäre, wenn die Verkaufs-AGB der Lieferanten einer Person der *Geschäftsleitung*, die zur Änderung des Verpflichtungsgeschäfts befugt war, zugegangen wären, was nicht nachweisbar war<sup>18)</sup>.

Demgegenüber läßt es die BGH-Entscheidung vom 3. 2. 1982<sup>19)</sup> als ausreichend gelten, daß die Verkaufs-AGB „im Stadium des Vertragsschlusses einer für die inhaltliche Ausgestaltung von Verträgen zuständigen Person zugegangen waren“<sup>20)</sup>,

6) BGH ZIP 1982, 447, 448.

7) BGH ZIP 1982, 845.

8) BGH ZIP 1982, 845.

9) BGH ZIP 1985, 544, 545 f; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

10) BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

11) BGH ZIP 1985, 544; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

12) BGH WM 1986, 643.

13) OLG Hamm WM 1985, 785.

14) BGH WM 1986, 643, 644.

15) OLG Hamm WM 1985, 785.

16) BGH WM 1986, 643, 644.

17) BGH WM 1979, 805, 806.

18) BGH WM 1979, 805, 807.

19) BGH ZIP 1982, 447, 448.

20) BGH ZIP 1982, 447, 448.

so daß es der Gemeinschuldnerin/Bestellerin möglich war, den Inhalt der Verkaufs-AGB zu prüfen, um festzustellen, ob diese einen Eigentumsvorbehalt enthielten. War dies der Gemeinschuldnerin/Bestellerin „zumutbar“<sup>21)</sup>, muß sie sich nach Auffassung des BGH so behandeln lassen, „als ob sie den Eigentumsvorbehalt gekannt hätte“<sup>22)</sup>.

Von maßgeblicher Bedeutung ist, daß in dieser Entscheidung nicht eindeutig klargestellt wird, ob der einfache Eigentumsvorbehalt das schuldrechtliche Verpflichtungs- oder das dingliche Erfüllungsgeschäft betraf, weil der BGH ausschließlich auf den einseitigen Willen des Lieferanten abstellte<sup>23)</sup>, die zu liefernden Stahlstäbe „nicht bedingungslos“<sup>24)</sup> zu übereignen, sondern deren Übereignung von der Zahlung des Kaufpreises im Rahmen eines einfachen Eigentumsvorbehalts abhängig zu machen, „was sie *ohne eine Vereinbarung* mit der Gemeinschuldnerin tun konnte“<sup>25)</sup>. Dabei kommt es – so der BGH – nicht entscheidend darauf an, ob überhaupt die Verkaufs-AGB des Lieferanten „Vertragsinhalt“<sup>26)</sup> wurden, weil es in der Sache ausreicht, daß der Bestellerin/Gemeinschuldnerin die Verkaufs-AGB bekannt waren. Unter dieser Voraussetzung konnte aber die Bestellerin/Gemeinschuldnerin nach Meinung des BGH „das mit der Übersendung der Ware abgegebene Angebot der Klägerin (Lieferantin) nur im Sinne eines bedingten Übereignungsangebotes verstehen“<sup>27)</sup>.

Im wesentlichen argumentiert auch die BGH-Entscheidung vom 5. 5. 1982<sup>28)</sup> auf dieser Linie: Der Verweis auf die Verkaufs-AGB, welche eine Eigentumsvorbehaltsklausel enthielten, erfolgte im Rahmen eines *kaufmännischen Bestätigungsschreibens*<sup>29)</sup>. Daraus folgert der BGH, daß die Verkaufs-AGB der Gemeinschuldnerin/Bestellerin „bekannt“<sup>30)</sup> waren, so daß sie wußte, daß ein einfacher Eigentumsvorbehalt vereinbart war.

Allerdings betont der BGH, in der Übergabe der Ware an den Käufer sei grundsätzlich „ein Angebot zur bedingungslosen Übereignung zu sehen“<sup>31)</sup>. Davon ist jedoch – zumindest dann – eine Ausnahme zu machen, wenn entweder ein nachträglicher „vertragswidriger“ Eigentumsvorbehalt – bezogen auf das dingliche Erfüllungsgeschäft – vereinbart wurde oder wenn – diese Voraussetzung nimmt der BGH<sup>32)</sup> an – der Käufer „den in den Verkaufsbedingungen des Verkäufers enthaltenen Eigentumsvorbehalt kannte“<sup>33)</sup>.

Aus diesem Entscheidungsmaterial ist abzuleiten, daß es für die wirksame Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts – gleichgültig, ob auf der Ebene des schuldrechtlichen Verpflichtungs- oder des dinglichen Erfüllungsgeschäfts – ausreicht, daß die Verkaufs-AGB, welche einen Eigentumsvorbehalt vorsehen, dem Käufer „bekannt“<sup>34)</sup> waren, und zwar auch dann, wenn eine entsprechende „Vereinbarung“<sup>35)</sup> zwischen Verkäufer und Käufer im Hinblick auf den Eigentumsvorbehalt nicht vorlag.

Es ist nunmehr von ganz *maßgeblicher Bedeutung*, daß der BGH in den nachfolgenden Entscheidungen vom 20. 3. 1985<sup>36)</sup> und vom 5. 3. 1986<sup>37)</sup> die rechtsgeschäftlichen Folgen einer Abwehrklausel nicht mehr dadurch „umgeht“, daß er die Frage stellt, ob die Verkaufs-AGB einer zur Änderung von Verträgen berechtigten Person zugegangen sind, so daß Kenntnis von ihrem Inhalt vorlag. Diese Rechtsfigur wird vielmehr fallengelassen. Statt des-

sen tritt das *Konsensprinzip* in den Vordergrund, so daß es allein und *ausschließlich* darauf ankommt, trotz der Verwendung einer Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB einen *übereinstimmenden Willen beider Parteien* festzustellen, aus dem eine Eigentumsvorbehaltssicherung abgeleitet werden kann, obwohl diese in den Einkaufs-AGB keine Stütze findet.

Während der BGH in den vorerwähnten Entscheidungen<sup>38)</sup> die Frage unbeantwortet ließ, ob die Verkaufs-AGB, welche eine Eigentumsvorbehaltssicherung vorsahen, wirksam in den jeweiligen Individualvertrag einbezogen worden sind, äußert sich der BGH nunmehr – unter eindeutiger Betonung des erforderlichen Konsens-Prinzips – im Hinblick auf den Kollisionsfall von Einkaufs- und Verkaufs-AGB bei Vertragsabschluß wie folgt:

„Ist der Vertrag – wie hier – ohne Einigung über die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Partei zustande gekommen, so bedeutet dies noch nicht, daß in diesem Falle anstelle der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehenen Regelungen ohne Ausnahme das entsprechende dispositive Recht tritt. Dem Parteiwillen kann vielmehr entnommen werden, daß solche vom dispositiven Recht abweichenden oder dieses ergänzenden Regelungen gelten sollen, die in den beiderseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen *mit übereinstimmendem Inhalt getroffen und demgemäß von beiden Parteien gewollt sind*“<sup>39)</sup>.

Unter Berücksichtigung dieses – vertragskonstitutiven – Konsensprinzips erklärt deshalb der BGH, daß es wegen der in den Einkaufs-AGB enthaltenen Abwehrklauseln „an einer solchen offensichtlichen Willensübereinstimmung fehlt“, so daß ein verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt – ungeachtet der Kenntnis des Käufers vom Inhalt der Verkaufs-AGB – nicht wirksam vereinbart ist.

Dieses Konsensprinzip wird – durchaus folgerichtig – soweit vorangetrieben, daß selbst die Behauptung, eine Eigentumsvorbehaltsklausel sei branchen- oder handelsüblich wegen der in den Einkaufs-AGB vorgesehenen *Abwehrklausel*, als *irrelevant qualifiziert* wird<sup>40)</sup>. So gesehen müssen also – gerade wegen des

21) BGH ZIP 1982, 447, 448.

22) BGH ZIP 1982, 447, 448.

23) BGH ZIP 1982, 447, 448.

24) BGH ZIP 1982, 447, 448.

25) BGH ZIP 1982, 447, 448.

26) BGH ZIP 1982, 447, 448.

27) BGH ZIP 1982, 447, 448.

28) BGH ZIP 1982, 845, 846.

29) BGH ZIP 1982, 845.

30) BGH ZIP 1982, 845, 846.

31) BGH ZIP 1982, 845, 846.

32) BGH ZIP 1982, 845, 846.

33) BGH ZIP 1982, 845, 846.

34) BGH ZIP 1982, 845, 846.

35) BGH ZIP 1982, 447, 448.

36) BGH ZIP 1985, 544 = EWiR §2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

37) BGH WM 1986, 643.

38) BGH ZIP 1982, 447, 448; BGH ZIP 1982, 845.

39) BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR §2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

40) BGH WM 1986, 643, 644.

Vorliegens einer Abwehrklausel – die Voraussetzungen einer stillschweigenden Willensübereinstimmung „anhand der sonstigen Umstände“ unter Berücksichtigung des „Willens des Klauselgegners“ ermittelt werden<sup>41)</sup>.

## 2. Die BGH-Entscheidung vom 18. 6. 1986<sup>42)</sup>

### 2.1 Die tragende Argumentation

Auch in dieser Entscheidung verwendete der Lieferant im Rahmen seiner „Auftragsbestätigung“ Eigentumsvorbehaltsklauseln, während der Käufer seinerseits eine Abwehrklausel in seinen Bestellungen vorsah. Nunmehr strengte der Lieferant Klage gegenüber dem Käufer – vertreten durch den Konkursverwalter – an, um Auskunft darüber zu erhalten, welche Rechtsgeschäfte der Konkursverwalter oder die Gemeinschuldnerin in einer bestimmten Zeit in bezug auf die von der Lieferantin gelieferten Eigentumsvorbehaltswaren (Möbelstücke) getätigt hätten.

Unter ausdrücklicher Berufung auf die Entscheidungen vom 3. 2. 1982<sup>43)</sup> und vom 5. 5. 1982<sup>44)</sup> gelangt der BGH – auch in diesem Urteil – zu dem Ergebnis: Sofern der Besteller „den in den Verkaufsbedingungen enthaltenen Eigentumsvorbehalt gekannt“ habe oder wenn ihm „die Kenntnisaufnahme zumutbar gewesen“ sei, dann liege in der „Übergabe der Ware“ kein „Angebot zur bedingungslosen Übereignung“<sup>45)</sup>. Deshalb war die Lieferantin Eigentümerin der Möbelstücke geblieben, weil die Bedingung der Eigentumsübertragung auf die Gemeinschuldnerin, nämlich: die Zahlung des Kaufpreises, nicht eingetreten war.

### 2.2 Konsensprinzip-Zugangstheorie?

Es fragt sich nunmehr, ob die in den BGH-Entscheidungen<sup>46)</sup> niedergelegte Hinwendung zum *Konsensprinzip* aus dogmatischen Gründen notwendigerweise bewirkt, daß es – bei Existenz einer Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB – nicht mehr entscheidend darauf ankommt, ob die Verkaufs-AGB einer Person zugegangen sind<sup>47)</sup>, welche zur Abänderung von Verträgen befugt war<sup>48)</sup>.

Ausgangspunkt für die zutreffende dogmatische Bewertung der hier gestellten entscheidenden Frage ist zunächst die Erkenntnis, daß die BGH-Judikatur in zweifacher Hinsicht eine Wende zum Konsensprinzip vollzogen hat:

#### 2.2.1 Die rechtsgeschäftliche Einbeziehung von AGB

Der BGH ließ es früher für die *Einbeziehung* von AGB-Klauseln als ausreichend gelten, wenn der AGB-Kunde – jedenfalls bei der Verwendung branchen- oder verkehrüblicher AGB – „wissen mußte“, daß sein Angebot oder seine Annahmeerklärung als Einverständnis mit der Geltung der AGB zu werten sei.<sup>49)</sup> Diese „Wissen-Müssen“-Formel wurde in der Literatur heftig kritisiert<sup>50)</sup>.

Inzwischen steht jedoch fest, daß auch im kaufmännischen Verkehr – unter Berücksichtigung von §§ 2, 24 AGBG – die Einbeziehung von AGB-Klauseln nur dann bewirkt werden kann, wenn die Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung und damit die Erfordernisse des *Konsensprinzips* erfüllt sind<sup>51)</sup>. Daraus folgt, daß es auch im kaufmännischen Verkehr nicht mehr ausreichend ist, aufgrund einer „fahrlässigen Willenserklärung“ – und darauf läuft bekanntlich die „Wissen-Müs-

sen“-Formel hinaus – auf die Geltung der AGB zu schließen, sofern diese weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart sind.

#### 2.2.2 Das Konsensprinzip bei kollidierenden AGB

Gestützt wird das hier zu untersuchende Konsensprinzip auch dadurch, daß der BGH bei der Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB inzwischen dazu übergegangen ist, den Lösungsansatz gemäß § 150 Abs. 2 BGB zu verwerfen<sup>52)</sup>, um statt dessen dem Konsens-Dissens-Prinzip gemäß §§ 154, 155 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 2 AGBG zu entsprechen<sup>53)</sup>. Die Instanzgerichte folgen diesem Trend<sup>54)</sup>.

Es liegt deshalb auf der Hand, daß die früher vom BGH verwendete Formel<sup>55)</sup>, es komme für die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts maßgeblich darauf an, ob die Verkaufs-AGB einer zur Abänderung von Verträgen befugten Person zugegangen sind, dogmatisch nicht das Konsensprinzip reflektiert, weil die entscheidende Frage dort unbeantwortet bleibt, ob bereits aus der Kenntnis der AGB der Wille bei den Parteien abgeleitet werden kann, diese AGB auch als Teil des abgeschlossenen Vertrages anzusehen<sup>56)</sup>.

#### 2.2.3 Das Konsensprinzip in der BGH-Judikatur

Mehr noch: Man wird sogar – bezogen auf das das schuldvertragliche Verpflichtungsgeschäft beherrschende Konsensprinzip – eine beträchtliche *Abweichung* in der dogmatischen Begründung der einzelnen BGH-Entscheidungen ausmachen müssen: Wurde das Erfordernis einer „Vereinbarung“ in der BGH-Entscheidung vom 3. 2. 1982<sup>57)</sup> als Wirksamkeitsvoraussetzung für einen einfachen Eigentumsvorbehalt schlicht *abgelehnt*, reflektiert die BGH-Entscheidung vom 20. 3. 1985<sup>58)</sup> ganz im Gegenteil das die „Vereinbarung“ eines Eigentumsvorbehalts

41) BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

42) BGH ZIP 1986, 1052 = EWiR § 455 BGB 1/86, 981 (*Henckel*) = WM 1986, 1081.

43) BGH ZIP 1982, 447.

44) BGH ZIP 1982, 845.

45) BGH ZIP 1986, 1052, 1054 = WM 1986, 1081, 1082; vgl. BGH EWiR § 455 BGB 1/86, 981 (*Henckel*).

46) BGH ZIP 1985, 544; BGH WM 1986, 643.

47) BGH ZIP 1986, 1052 = EWiR § 455 BGB 1/86, 981 (*Henckel*) = WM 1986, 1081.

48) BGH WM 1979, 805, 806; BGH ZIP 1982, 447, 448; BGH ZIP 1982, 845, 846.

49) BGHZ 9, 1; BGHZ 12, 136, 142; BGH NJW 1973, 2154; BGH NJW 1976, 2075.

50) *Helm*, JuS 1965, 121, 124 f; *Weber*, DB 1970, 2355, 2361; *Emmerich*, JuS 1972, 361, 364; *Brandner*, JZ 1973, 613, 614.

51) BGH NJW 1978, 2243, 2244; BGH WM 1979, 19, 20; *Ulmer/Brandner/Henzen* (Fußn. 4), § 2 Rz. 80; *Staudinger/Schlosser* (Fußn. 4), § 2 Rz. 39.

52) So aber noch BGH LM BGB § 150 Nr. 3; BGH NJW 1963, 1248 = BB 1963, 496 = LM BGB § 150 Nr. 6.

53) BGH BB 1974, 1136, 1137; BGH WM 1977, 451, 452; BGH NJW 1980, 449; BGH ZIP 1985, 544 = EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*); BGH WM 1986, 643.

54) OLG Karlsruhe BB 1972, 1162; OLG Frankfurt BB 1975, 1606; OLG Hamm BB 1979, 701; OLG Stuttgart ZIP 1981, 176; OLG Koblenz WM 1984, 1347; OLG Hamm WM 1985, 785; OLG Köln BB 1980, 1237.

55) BGH WM 1979, 805, 806.

56) BGH WM 1979, 19, 20.

57) BGH ZIP 1982, 447, 448.

58) BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

konstituierende Konsensprinzip, beruhend auf der „offensichtlichen Willensübereinstimmung“ beider Parteien<sup>59)</sup>. Da das BGH-Urteil vom 5. 3. 1986<sup>60)</sup> ausdrücklich auf die BGH-Entscheidung vom 20. 3. 1985<sup>61)</sup> Bezug nimmt, ist von hoher Erheblichkeit, daß der BGH in diesem Urteil – wiederum: unter strenger Berücksichtigung des Konsensprinzips – die Frage prüft, ob die Eigentumsvorbehaltsklausel der Lieferantin „zum Inhalt ihrer Verträge mit der Gemeinschuldnerin geworden“ war<sup>62)</sup>. „Inhalt“ eines „Vertrages“ kann indessen nur eine Regelung werden, die auf einer „Willensübereinstimmung“<sup>63)</sup> beruht.

Umgekehrt formuliert: Die für die „Vereinbarung“ eines Eigentumsvorbehalts als ausreichend angesehene „Zugangstheorie“<sup>64)</sup> findet in der – inzwischen aufgegebenen – „Wissen-Müssen“-Formel ihre Entsprechung. Aus dogmatischen Gründen ist daher zu prüfen, ob diese Theorie unter Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Erfordernisse eines Vertrages und entsprechend der Begründung in den neuen BGH-Entscheidungen<sup>65)</sup> durch das vertragskonstitutive Konsensprinzip ersetzt ist, wie die Zitate ausweisen.

#### 2.2.3.1 Die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts

Zunächst könnte man daran denken, die Rückwendung der BGH-Entscheidung vom 18. 6. 1986<sup>66)</sup> auf die BGH-Urteile vom 3. 2. 1982<sup>67)</sup> und vom 5. 5. 1982<sup>68)</sup> damit zu begründen, eine *Differenzierung* danach vorzunehmen, ob ein einfacher oder ein verlängerter/erweiterter Eigentumsvorbehalt „vereinbart“ worden ist. Denn die auf die „Zugangstheorie“ abhebenden BGH-Urteile beziehen sich allesamt auf einen einfachen Eigentumsvorbehalt.

Unter Berücksichtigung des Dissens-Konsensprinzips der §§ 154, 155 BGB, das bei kollidierenden Einkaufs- und Verkaufs-AGB zum Zuge gelangt, erweist sich eine solche Differenzierung jedoch als sachwidrig. Denn die Wirksamkeit eines verlängerten/erweiterten Eigentumsvorbehalts hängt genauso davon ab, daß die Willenserklärungen von Käufer und Lieferant sich miteinander decken, wie dies beim einfachen Eigentumsvorbehalt der Fall ist. Abgesehen von den Fällen, in denen ein einfacher Eigentumsvorbehalt Handelsbrauch im Sinn von § 346 HGB ist, läßt sich auch eine Differenzierung nicht damit begründen, der einfache Eigentumsvorbehalt werde häufiger vereinbart als ein verlängerter/erweiterter Eigentumsvorbehalt.

Auch aus der *Interessenlage* der Parteien ergibt sich kein Ansatz, zwischen beiden Erscheinungsformen zu differenzieren. Das Aussonderungsrecht des § 43 KO steht gleichrangig neben dem Recht der Ersatzaussonderung gemäß § 46 KO; das Recht, aufgrund einer erweiterten Eigentumsvorbehaltsklausel Absonderung zu verlangen, ist für den Lieferanten keineswegs im Ergebnis immer wesentlich nachteiliger als eine Aussonderung. Selbst wenn man – zugunsten des einfachen Eigentumsvorbehalts – anderer Auffassung wäre, so würde dies noch keineswegs bedeuten, daß ein einfacher Eigentumsvorbehalt nur deswegen – trotz einer Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB des Käufers – Inhalt der Vereinbarung wird, weil ja nach der zutreffenden Auffassung des BGH<sup>69)</sup> die Abwehrklausel des Käufers dazu führt, daß die Verkaufs-AGB des Lieferanten „weder insgesamt noch teilweise ...

zum Inhalt der Verträge“ mit dem Käufer werden. Interessen von Vertragsparteien aber, die sich nicht in einer zu treffenden vertraglichen Abrede niederschlagen, haben keine unmittelbare Relevanz. Daher setzt auch ein einfacher Eigentumsvorbehalt eine wirksame Vereinbarung im Verpflichtungsgeschäft voraus<sup>70)</sup>.

#### 2.2.3.2 Abwehrklausel – Kenntnis vom Inhalt der Verkaufs-AGB

Man könnte nunmehr daran denken, ein Differenzierungsmerkmal zwischen den hier zu diskutierenden BGH-Entscheidungen bestehe darin, aus der Tatsache laufender Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien den Schluß abzuleiten, daß der Käufer – wegen seiner (laufenden) Kenntnis von den Verkaufs-AGB – den einfachen Eigentumsvorbehalt des Lieferanten akzeptiert hat.

Daß laufende Geschäftsbeziehungen bestanden, ergibt sich aus dem Tatbestand des Urteils des BGH vom 18. 6. 1986<sup>71)</sup>. Andererseits ist dem Urteil des BGH vom 20. 3. 1985<sup>72)</sup> zu entnehmen, daß es sich um ein Einmal-Geschäft handelte. Hingegen fällt auf, daß *zweifelsfrei* auch in der BGH-Entscheidung vom 5. 3. 1986<sup>73)</sup> laufende Geschäftsbeziehungen zugrunde lagen.

Daraus aber ist ersichtlich, daß die Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB nach der BGH-Judikatur auch dann nach Maßgabe des *Konsensprinzips*, nicht jedoch aufgrund der Zugangstheorie bewältigt wird, wenn laufende Geschäftsbeziehungen bestehen. Deshalb rechtfertigt die Existenz von laufenden Geschäftsbeziehungen keineswegs einen Rückgriff auf die Zugangstheorie, welche – wie gezeigt – schon dann den Konsens in Form einer „Vereinbarung“ fingiert, wenn der Käufer Kenntnis vom Inhalt der Verkaufs-AGB hatte, ohne daß es auf eine tatsächliche, rechtsgeschäftlich fundierte Vereinbarung in Form einer Willensübereinstimmung ankommt.

#### 2.2.3.3 Relevanz sonstiger einseitiger Klauseln in den Verkaufs-AGB

Die Notwendigkeit, auch im Rahmen der Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts das Konsensprinzip zu beto-

59) BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

60) BGH WM 1986, 643, 644.

61) BGH ZIP 1985, 544 = EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

62) BGH WM 1986, 643, 644.

63) BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

64) BGH WM 1979, 805, 806; BGH ZIP 1982, 447, 448; BGH ZIP 1982, 845, 846; BGH ZIP 1986, 1052 = EWiR § 455 BGB 1/86, 981 (*Henckel*) = WM 1986, 1081.

65) BGH ZIP 1985, 544, 546; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*); BGH WM 1986, 643, 644.

66) BGH ZIP 1986, 1052 = EWiR § 455 BGB 1/86, 981 (*Henckel*) = WM 1986, 1081.

67) BGH ZIP 1982, 447.

68) BGH ZIP 1982, 845.

69) BGH WM 1986, 643, 644.

70) *Ulmer/Schmidt*, JuS 1984, 18 ff.

71) BGH ZIP 1986, 1052 = EWiR § 455 BGB 1/86, 981 (*Henckel*) = WM 1986, 1081.

72) BGH ZIP 1985, 544 = EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

73) BGH WM 1986, 643.

nen, wird auch dadurch unterstrichen, daß es ja neben dem Eigentumsvorbehalt auch noch sonstige Klauseln in den Verkaufs-AGB gibt, welche für den Lieferanten von außergewöhnlicher Wichtigkeit sind, wie z. B. Gewährleistungs-, Haftungs- begrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln. Auch Gerichtsstandsklauseln fallen in diese Kategorie<sup>74)</sup>. Würde man auch bei diesen Klauseln einseitig darauf abstellen, ob die Verkaufs-AGB dem Käufer – und damit einer zur Änderung von Verträgen zuständigen Person – zugegangen sind, so würde damit letzten Endes *jede* Klausel in den Verkaufs-AGB nur deswegen Vertragsinhalt, weil der Käufer hiervon Kenntnis erlangt. Dieses Ergebnis aber ist – schon wegen der Kollision von AGB – ersichtlich unbillig, weil damit die Bedeutung der Einkaufs-AGB, insbesondere die dort enthaltenen Abwehrklauseln diskontiert werden. Nur dann, wenn man gemäß § 150 Abs. 2 BGB die – zu Recht verpönte – „Theorie des letzten Wortes“ wiederbelebt, läßt sich dogmatisch ein anderes Ergebnis zugunsten der Verkaufs-AGB begründen, sofern und weil der Käufer in Kenntnis des Inhalts der Verkaufs-AGB die Lieferung angenommen hat<sup>75)</sup>. Doch gerade dieses Resultat wird z. B. bei der Kollision von Gerichtsstandsklauseln von der BGH-Judikatur zu Recht verneint<sup>76)</sup>. Auch bei Haftungsbeschränkungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln ist noch niemand auf den Gedanken gekommen, diese deswegen – ungeachtet entgegenstehender Einkaufs-AGB – als „vereinbart“ anzusehen, weil der Käufer von ihrem Inhalt Kenntnis hatte. Vielmehr kann dies – und dies gilt eben ganz allgemein – nur dann zugunsten des Lieferanten und seiner Verkaufs-AGB anders sein, wenn eine entsprechende *Vereinbarung* getroffen und damit das vertragskonstitutive Konsensprinzip beachtet ist.

Hinsichtlich der in den Verkaufs-AGB enthaltenen Eigentumsvorbehaltsklauseln anders zu entscheiden, ist auch durch die Interessenlage nicht zu rechtfertigen: Angesichts der erheblichen Gewährleistungs- und Produkthaftungsrisiken<sup>77)</sup> läßt sich auch schon im Ansatz gar nicht sagen, daß die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts für den Lieferanten wichtiger ist als eine ausreichend sichere Risikovorsorge durch Vereinbarung von Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbeschränkungsklauseln.

Für die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts kommt es deshalb – bei Bestehen einer *Abwehrklausel* in den Einkaufs-AGB – genauso wie bei der Vereinbarung eines verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts<sup>78)</sup> maßgebend darauf an, ob aus dem Willen *beider Parteien* in übereinstimmender Weise gefolgert werden kann, daß ein einfacher Eigentumsvorbehalt aufgrund der Verkaufs-AGB vereinbart sein soll.

### 2.3 Die Funktion der Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob in bezug auf die Funktion einer Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB danach zu unterscheiden ist, ob diese als Ausschließlichkeitsklausel oder lediglich als Abwehrklausel aufgebaut ist<sup>79)</sup>. Es entspricht jedoch dem herrschenden Trend in der Literatur, insoweit keine Differenzierung vorzunehmen, sofern die Einkaufs-AGB des Käufers rechtsgeschäftlich Geltung im Rahmen des Angebots gemäß § 145 BGB erlangt haben<sup>80)</sup>. Denn unter dieser Voraussetzung ist – für den Lieferanten – erkennbar, daß der Käufer entweder ausschließlich zu seinen Einkaufs-AGB oder doch zumin-

dest unter Abwehr der Verkaufs-AGB des Lieferanten kontrahieren will.

#### 2.3.1 Bei Verwendung einer Ausschließlichkeitsklausel

Eine Ausschließlichkeitsklausel<sup>81)</sup> war Gegenstand der BGH-Entscheidung vom 5. 3. 1986<sup>82)</sup>. Ohne im Rahmen der Abwehrklausel zu differenzieren, gelangt der BGH – unter Berücksichtigung des vertragskonstitutiven Konsensprinzips – mit Recht zu der Schlußfolgerung, daß die Verkaufs-AGB „*weder insgesamt noch teilweise . . . zum Inhalt der Verträge*“<sup>83)</sup> geworden sind. Dabei ist von Erheblichkeit, daß der BGH diese Aussage lediglich *beispielhaft* für die Vereinbarung eines verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts konkretisiert, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang des Zitats ergibt:

„Aufgrund dieses vorweggenommenen Widerspruchs der Gemeinschuldnerin gegen abweichende Bedingungen ihrer Lieferanten wurden die Lieferungsbedingungen der Klägerin weder insgesamt noch teilweise – insbesondere auch nicht hinsichtlich des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts – zum Inhalt der Verträge mit der Gemeinschuldnerin“<sup>84)</sup>.

Daraus aber ist abzuleiten, daß auch die „Vereinbarung“ eines einfachen Eigentumsvorbehalts im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts dann scheitert, wenn und soweit der Käufer in seiner Bestellung Einkaufs-AGB mit einer Ausschließlichkeitsklausel verwendet. Denn unter Berücksichtigung des vertragskonstitutiven Konsensprinzips kann zwischen einem einfachen und einem verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalt kein Unterschied gemacht werden. Jede Form der Eigentumsvorbehaltssicherung bedarf der vertraglichen Einigung zwischen den Parteien.

#### 2.3.2 Bei Verwendung einer einfachen Abwehrklausel

Geht man davon aus, daß AGB-Klauseln auch im kaufmännischen Verkehr auf Basis einer rechtsgeschäftlichen Einigung Gegenstand des Vertrages werden müssen<sup>85)</sup>, so läßt sich – rechtsgeschäftlich gewertet – kein qualitativer Unterschied zwischen einer Ausschließlichkeits- und einer Abwehrklausel herausfinden. Sowohl die eine wie die andere bewirkt, wenn sie Gegenstand einer Bestellung ist, daß im Sinne der §§ 154, 155 BGB Dissens wegen der entgegenstehenden Verkaufs-AGB besteht, so daß der Vertragsabschluß nach Maßgabe des dispositiven

74) BGH WM 1977, 451.

75) BGH LM BGB § 150 Nr. 3; BGH NJW 1963, 1248 = BB 1963, 496 = LM BGB § 150 Nr. 6; BGHZ 18, 212, 216 = NJW 1955, 1794.

76) BGH WM 1977, 451, 452.

77) Hierzu insbesondere BGH EWIR § 823 BGB 1/87, 235 (Pfister) = BB 1987, 717; Schmidt-Salzer, BB 1987, 721 ff.

78) BGH ZIP 1985, 544 = EWIR § 2 AGBG 1/85, 323 (Grub); BGH WM 1986, 643.

79) Hierzu auch Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner (Fußn. 4), Rz. 7 ff.

80) Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 4), § 2 Rz. 97; Graf von Westphalen, DB 1976, 1317, 1319; Schlechtriem, in: Festschrift Wahl, 1976, S. 67, 71 bei Fußn. 17.

81) Hierzu Grasmann, DB 1971, 561, 563; Wolf/Horn/Lindacher (Fußn. 4), § 2 Rz. 75 f.

82) BGH WM 1986, 643.

83) BGH WM 1986, 643, 644.

84) BGH WM 1986, 643, 644.

85) Hierzu im einzelnen Ulmer/Brandner/Hensen (Fußn. 4), § 2 Rz. 80 m. w. N.

Rechts zustande kommt<sup>86</sup>). Mehr noch: Aus der Struktur von § 1 AGBG folgt unmittelbar, daß es innerhalb der Qualifikation einer AGB-Klausel im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG keine Differenzierung mit der Maßgabe gibt, daß der Verwendung einer Ausschließlichkeitsklausel die Funktion zukommt, eine Abwehrklausel als nachrangig anzusehen<sup>87</sup>). Solange der rechtsgeschäftliche Wille eindeutig auf Abwehr der Verkaufs-AGB gerichtet ist, kann – mangels anderweitiger Auslegungskriterien – nur unter Berücksichtigung einer Individualvereinbarung im Sinne von § 1 Abs. 2 AGBG eine höhere Qualifizierung erreicht werden. Fehlt sie aber – und davon ist im Regelfall auszugehen –, so hat auch eine Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB – mangels einer entsprechenden „Vereinbarung“ – die unmittelbare Funktion, daß der in den Verkaufs-AGB enthaltene Eigentumsvorbehalt nicht wirksam vereinbart ist. Angesichts des rechtsgeschäftlichen Geltungswillens des Käufers, seine AGB – unter Abwehr der Verkaufs-AGB – zum Gegenstand des Vertrages werden zu lassen, ist deshalb auch eine Differenzierung zwischen einer Ausschließlichkeits- und einer Abwehrklausel ausgeschlossen.

### 3. Die Vereinbarung eines stillschweigenden einfachen Eigentumsvorbehalts trotz einer Abwehrklausel

In der Literatur wird immer wieder die Auffassung vertreten, bei der Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB sei es durchaus denkbar, daß ein einfacher Eigentumsvorbehalt – aufgrund stillschweigender Abrede der Parteien – wirksam vereinbart werden könne<sup>88</sup>).

Vom dogmatischen Standpunkt her betrachtet ist dies durchaus zutreffend; insbesondere wird diese Erwägung auch von dem hier herausgearbeiteten Konsensprinzip gedeckt<sup>89</sup>). Doch setzt die Bejahung einer stillschweigenden Eigentumsvorbehaltssicherung zwingend voraus, die rechtsgeschäftlichen Erfordernisse einer Willenserklärung zu respektieren: Es müssen also Umstände vorliegen, aus denen – trotz widerstreitender AGB sowie einer die Ausschließlichkeit verbürgenden Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB – der übereinstimmende Wille der Parteien abgeleitet werden kann, daß gleichwohl eine Eigentumsvorbehaltssicherung gelten soll.

Anknüpfungspunkt für solche Erwägungen ist die Feststellung, ob die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts *branchen- oder handelsüblich* ist<sup>90</sup>). Denn darin liegt ein „Indiz“ für eine stillschweigende Vereinbarung<sup>91</sup>).

Indessen ist darauf hinzuweisen, daß der BGH unter Berücksichtigung anerkannter Prinzipien der Rechtsgeschäftslehre zutreffenderweise hervorgehoben hat, daß weder die Branchen- noch die Handelsüblichkeit einer Eigentumsvorbehaltssicherung – für sich allein genommen – ausreichen, um den in einer Abwehrklausel enthaltenen, eine Eigentumsvorbehaltssicherung ausschließenden Geltungswillen, wie er sich in den Einkaufs-AGB des Bestellers dokumentiert, außer Funktion zu setzen. Es heißt nämlich in der BGH-Entscheidung vom 5. 3. 1986<sup>92</sup>):

„Aufgrund dieses vorweggenommenen Widerspruchs der Gemeinschuldnerin gegen abweichende Bedingungen ihrer Lieferanten wurden die Lieferungsbedingungen der Klägerin weder insgesamt noch teilweise – insbesondere auch nicht hinsichtlich

des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts – zum Inhalt der Verträge mit der Gemeinschuldnerin. Darauf, ob Eigentumsvorbehaltssicherungen, wie die Revision meint, branchen- oder handelsüblich sind, kommt es bei dieser Sachlage nicht an. Dies hat der Senat in seinem nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung ergangenen Urteil vom 20. März 1985 (ZIP 1985, 544 ff) in einem vergleichbaren Fall, in dem sich ähnliche Klauseln in Einkaufs- und Lieferungsbedingungen gegenüberstanden und die Kaufvertragsparteien ebenfalls keine ausdrücklichen Vereinbarungen über die Verbindlichkeit des einen oder anderen Klauselwerks getroffen hatten, unter Auseinandersetzung mit den verschiedenen in der Rechtsprechung und Lehre hierzu vertretenen Ansichten im einzelnen ausgeführt; hieran ist festzuhalten.“

Daraus folgt: Soweit in den Einkaufs-AGB eine Abwehrklausel verwendet wird, welche die Verkaufs-AGB insgesamt betrifft, scheidet die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts zugunsten der Lieferanten, die diese lediglich in den Verkaufs-AGB im Rahmen einer Auftragsbestätigung niedergelegt hatten. Denn es fehlt für die Vereinbarung einer solchen Eigentumsvorbehaltssicherung an dem erforderlichen Konsens. Dieser ergibt sich weder aus den AGB noch aus den sonstigen Umständen, so daß auch die Tatsache regelmäßig irrelevant ist, ob die Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts gegebenenfalls als branchen- oder handelsüblich zu qualifizieren ist.

## II. Die Vereinbarung einer Eigentumsvorbehaltssicherung in einer dem Vertragsabschluß nachfolgenden „Auftragsbestätigung/Rechnung“

Gerade weil die BGH-Judikatur in verschiedenen Fällen<sup>93</sup>) die Möglichkeit bejaht hat, daß ein – nachträglicher, d. h. vertragswidriger – Eigentumsvorbehalt vereinbart werden kann, der zwar nicht das Verpflichtungsgeschäft, sondern nur das *Erfüllungsgeschäft* betrifft, wäre es verfehlt, das im Vorstehenden herausgearbeitete Konsensprinzip ohne nähere Prüfung auch auf die nunmehr zu untersuchende Fallkonstellation zur Anwendung zu bringen, ob nämlich ein Lieferant *nachvertragliche* Eigentumsvorbehaltssicherungen aufgrund entsprechender Klauseln in den „Auftragsbestätigungen/Rechnungen“ verankert hat.

Erforderlich ist es deshalb, zunächst die wesentlichen Gesichtspunkte der einschlägigen BGH-Entscheidungen zu behandeln.

### 1. Die BGH-Judikatur

Der BGH hat in verschiedenen Urteilen erklärt, die Vereinbarung eines nachträglichen, d. h. vertragswidrigen Eigentumsvor-

86) *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fußn. 4), § 2 Rz. 101 f; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner* (Fußn. 4), § 2 Rz. 46; OLG Köln BB 1980, 1237, 1240.

87) Hierzu auch *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner* (Fußn. 4), Rz. 7 ff.

88) *Erman/Hefermehl*, BGB, 7. Aufl., 1981, § 2 AGBG Rz. 48; *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fußn. 4), § 2 Rz. 105; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner* (Fußn. 4), § 2 Rz. 47; *Schulte*, BB 1977, 269, 274; *Graf von Westphalen*, DB 1977, 1637.

89) So insbesondere auch BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

90) Vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fußn. 4), § 2 Rz. 105.

91) BGH ZIP 1985, 544, 546; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

92) BGH WM 1986, 643, 644.

93) BGH WM 1978, 1322; BGH ZIP 1982, 845, 846.

behalts, der bei Besitzübergang zustande kommt, sei zulässig<sup>94)</sup>. In seiner Entscheidung vom 25. 10. 1978<sup>95)</sup> hat der BGH diese Figur auch dann zur Anwendung berufen, wenn Einkaufs- und Verkaufs-AGB einander widersprechen. Voraussetzung für die Vereinbarung eines solchen Eigentumsvorbehalts ist, daß er zum einen deutlich erklärt sein muß<sup>96)</sup>, und daß dem Käufer die entsprechende – nachträgliche – Eigentumsvorbehaltsklausel zum anderen auch zuging, so daß es ihm zuzumuten war, von dieser Klausel, z. B. auf einem Lieferschein, Kenntnis zu nehmen<sup>97)</sup>.

In bezug auf die Besonderheiten eines *kaufmännischen Bestätigungsschreibens* geht der BGH in seiner Entscheidung vom 5. 5. 1982<sup>98)</sup> noch einen Schritt weiter und erklärt:

„War der in den Verkaufsbedingungen der Klägerin enthaltene Eigentumsvorbehalt der Gemeinschuldnerin bekannt, so wußte diese nämlich, daß die Übergabe der Fahrstelle nicht als Angebot zur bedingungslosen Übereignung zu verstehen war, daß vielmehr das Übereignungsangebot unter der Bedingung der Zahlung des Kaufpreises stand.“

In der Sache ist also – faßt man die bisherige Entwicklung der BGH-Judikatur in diesem Punkt zusammen – maßgebend, ob die Eigentumsvorbehaltsklausel *im Rahmen des Erfüllungsgeschäfts* (vgl. § 929 BGB) klar, eindeutig und leicht erkennbar war, und daß sie dem Käufer auch rechtzeitig zugegangen war, so daß er wußte, der Lieferant gibt lediglich ein bedingtes Übereignungsangebot ab.

## 2. Das Zugangserfordernis

Während die vorerwähnten BGH-Entscheidungen noch – ganz generell – auf das Zugangserfordernis beim Käufer abstellten, spezifiziert der BGH in seiner Entscheidung vom 30. 5. 1979<sup>99)</sup> dieses Kriterium näher und erklärt:

„Das (ein wirksames Zugehen) kann nur dann angenommen werden, wenn entweder der Käufer – und zwar eine für die inhaltliche Ausgestaltung von Verträgen zuständige Person – von dem Eigentumsvorbehalt Kenntnis erlangte oder wenn vom Käufer erwartet werden durfte, daß er – wiederum eine für die inhaltliche Ausgestaltung von Verträgen zuständige Person – von dem gerade in dieser Form und unter diesen Umständen erklärten Eigentumsvorbehalt Kenntnis nehmen würde“<sup>100)</sup>.

Dabei ist zu beachten, daß der BGH in unmittelbarem Anschluß an das zuvor erwähnte Zitat feststellte, bei der Prüfung dieser Frage sei ein „*strenger Maßstab*“ anzulegen. Denn in dem Verhalten des Verkäufers, einen nachträglichen, d. h. vertragswidrigen Eigentumsvorbehalt anzustreben, liege eine „*Vertragsverletzung*“<sup>101)</sup>, „auf welche der Käufer sich grundsätzlich nicht einzustellen braucht“<sup>102)</sup>.

Diese Sentenz greift der BGH – wenngleich im Kontext mit einer Auftragsbestätigung – in seiner Entscheidung vom 3. 2. 1982<sup>103)</sup> auf. Es ist deshalb davon auszugehen, daß es sich um einen – insoweit festzustellenden – Befund der Judikatur handelt: Für die Vereinbarung einer Eigentumsvorbehaltssicherung kommt es also entscheidend darauf an, daß die spezifizierten Zugangserfordernisse für die Vereinbarung eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts erfüllt sind<sup>104)</sup>.

## 3. Das Kongruenzprinzip zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Deshalb stellt sich die Frage, ob es im Sinn dieser BGH-Judikatur ausreichend ist, wenn die eine Eigentumsvorbehaltssicherung enthaltende Auftragsbestätigung/Rechnung nur der *Einkaufs-Abteilung* eines Unternehmens zugegangen ist. Darin läge unter Berücksichtigung der BGH-Judikatur<sup>105)</sup> ohnedies nur dann eine wirksame Vereinbarung einer einfachen Eigentumsvorbehaltssicherung, wenn die jeweilige Auftragsbestätigung/Rechnung *zeitgleich* das Erfüllungsgeschäft gemäß § 929 BGB betraf und einen ausdrücklichen, deutlichen, leicht erkennbaren Hinweis auf die Eigentumsvorbehaltssicherung zum Gegenstand hatte.

Soweit die Eigentumsvorbehaltsklausel lediglich auf der *Rückseite* der Verkaufs-AGB abgedruckt war, reicht dies schon aus *formellen* Gründen, weil ein deutlicher, leicht erkennbarer Hinweis erforderlich ist, nicht aus, die in dem bedingten Übereignungsangebot liegende „*Vertragsverletzung*“ in eine nachträgliche Vertragsänderung umzugestalten<sup>106)</sup>.

### 3.1 Der Gedanke der „Vertragsverletzung“ aufgrund nachträglicher Vertragsänderung

Ersichtlich gehen die §§ 433, 929 ff BGB davon aus, daß das Erfüllungsgeschäft dem Verpflichtungsgeschäft nachfolgt. Zwischen beiden Rechtsgeschäften muß – ungeachtet des anerkannten Trennungs- und Abstraktionsprinzips – Kongruenz bestehen.

Dies deckt sich mit der Erkenntnis des BGH<sup>107)</sup>, wenn er in bezug auf den – nachträglichen, d. h. vertragswidrigen – Eigentumsvorbehalt von einer „*Vertragsverletzung*“ spricht, „auf welche der Käufer sich grundsätzlich nicht einzustellen braucht“. Ist nämlich das Verpflichtungsgeschäft aufgrund einer bedingungslosen Übereignung wirksam abgeschlossen worden, so besteht ein entsprechender Erfüllungsanspruch, der gemäß §§ 929 ff BGB zu vollziehen ist.

Wenn aber das Verpflichtungsgeschäft das Erfüllungsgeschäft regiert, stellt sich unter Berücksichtigung des bisher Dargelegten die Frage, ob auch in bezug auf die Vereinbarung eines nachträglichen, d. h. vertragswidrigen Eigentumsvorbehalts davon ausgegangen werden kann, daß auch *insoweit* das im einzelnen her-

94) BGH NJW 1953, 217; BGH WM 1975, 792.

95) BGH WM 1978, 1322.

96) BGH WM 1978, 1322, 1323.

97) BGH WM 1978, 1322, 1323.

98) BGH ZIP 1982, 845, 846.

99) BGH WM 1979, 805, 806.

100) BGH WM 1979, 805, 806.

101) BGH WM 1979, 805, 806.

102) BGH WM 1979, 805, 806.

103) BGH ZIP 1982, 447, 448.

104) So auch BGH ZIP 1986, 1052, 1054 = WM 1986, 1081, 1082; vgl. BGH EWiR § 455 BGB 1/86, 981 (*Henckel*).

105) BGH WM 1978, 1322; BGH WM 1979, 805.

106) Vgl. BGH WM 1979, 805, 806.

107) BGH WM 1979, 805, 806.

ausgearbeitete – schuldvertragliche – Konsensprinzip<sup>108)</sup> das früher geltende Zugangsprinzip – bezogen auf die in den Verkaufs-AGB enthaltene Eigentumsvorbehaltssicherung – abgelöst hat<sup>109)</sup>. Wäre dies zu bejahen, so käme es auch im Rahmen eines nachträglichen, d. h. vertragswidrig vereinbarten Eigentumsvorbehalts entscheidend nicht allein darauf an, daß die Verkaufs-AGB, die eine Eigentumsvorbehaltssicherung vorsahen, dem Käufer „zugegangen“ sind, sondern es wäre entscheidend, ob die Parteien des Kaufvertrages eine Eigentumsvorbehaltssicherung – im Rahmen des dinglichen Erfüllungsgeschäfts – trotz widerstreitender AGB und einer eindeutigen Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB des Käufers/Bestellers aufgrund des vertragskonstitutiven Konsensprinzips tatsächlich vereinbart haben<sup>110)</sup>.

Geht man jedoch gemäß §§ 433, 929 ff BGB von der grundsätzlichen Geltung des Kongruenzprinzips zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft aus, so ist nicht einzusehen, daß zwar wegen der Geltung einer *Abwehrklausel* in den Einkaufs-AGB die Eigentumsvorbehaltssicherung in den Verkaufs-AGB des Lieferanten – mangels Konsenses *für das Verpflichtungsgeschäft* – irrelevant sein soll, daß sie aber dann gleichwohl rechtsgeschäftlich bedeutsam werden soll, wenn sie das Erfüllungsgeschäft betrifft.

Hinzu kommt, daß der BGH – unter Berücksichtigung des sowohl das Verpflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft beherrschenden Konsensprinzips – die Vereinbarung eines nachträglichen, d. h. vertragswidrigen Eigentumsvorbehalts mit Recht als „Vertragsverletzung“<sup>111)</sup> kategorisiert hat. Eine „Vertragsverletzung“ ist indessen stets die Negation des in der vertraglichen Vereinbarung erreichten Konsenses. Notwendigerweise muß deshalb der eine solche „Vertragsverletzung“ wieder aufhebende Konsens – im Rahmen des dinglichen Erfüllungsgeschäfts – erst recht auf einer „Willensübereinstimmung“ beider Parteien<sup>112)</sup> beruhen. Deshalb gelten die Erwägungen in bezug auf das Konsensprinzip, welche für das Verpflichtungsgeschäft herausgearbeitet worden sind, wegen der grundsätzlich gebotenen Kongruenz zum Erfüllungsgeschäft uneingeschränkt auch für dieses.

### 3.2 Die Willensrichtung des Käufers bei Verwendung einer Abwehrklausel

Hier kommt im Grunde genommen die gleiche Interessenwertung hinzu, die zuvor bei der Erörterung des Verpflichtungsgeschäfts schon vertieft wurde:

Die Verwendung einer Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB signalisiert dem Lieferanten unmißverständlich, daß – mangels einer gegenteiligen Vereinbarung – die Verkaufs-AGB für das gesamte Vertragsverhältnis keine Relevanz entfalten sollen. Deshalb ist der Lieferant – auch im Rahmen des Erfüllungsgeschäfts – darauf angewiesen, durch eine *Vereinbarung* sicherzustellen, daß sein Eigentumsvorbehalt zum Zuge gelangt.

Der Hinweis auf die Verkaufs-AGB, welche eine Eigentumsvorbehaltssicherung zum Gegenstand haben, reicht also für sich nicht aus. Insbesondere kommt es nicht auf den *inneren Willen* des jeweiligen Lieferanten an, nur zu seinen Verkaufs-AGB unter Berücksichtigung eines Eigentumsvorbehalts liefern zu *wollen*. Denn die Auslegung von Willenserklärungen gemäß §§ 133, 157, 242 BGB vollzieht sich stets aus der Perspektive des *realen* Empfängers. Angesichts einer die Ausschließlichkeit *reklamierenden* oder doch jedenfalls eindeutigen *Abwehrklausel* in den Einkaufs-AGB können die Mitarbeiter der Einkaufs-Abteilung des betreffenden Käufers nicht damit rechnen und *brauchen* auch nicht damit zu rechnen, daß ein Lieferant nur zu seinen Verkaufs-AGB liefern und nur bedingtes Eigentum *übertragen* wollte, obwohl und gerade weil er die Lieferung in Kenntnis der entgegenstehenden, die Verkaufs-AGB abwehrenden Einkaufs-AGB durchführt.

### III. Zusammenfassung

Unter Berücksichtigung des in der BGH-Judikatur nunmehr verankerten Konsensprinzips<sup>113)</sup> ist die in früheren Entscheidungen begründete „Zugangstheorie“ nicht mehr aufrechtzuerhalten. Demzufolge kann bei Vorhandensein einer Ausschließlichkeits- oder Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB des Käufers der Lieferant nur dann damit rechnen, daß der einfache Eigentumsvorbehalt wirksam wird, wenn eine entsprechende *Vereinbarung* getroffen wird. Hierfür reicht es nicht aus, daß die Eigentumsvorbehaltssicherung in den Verkaufs-AGB des Lieferanten verankert ist.

So gesehen besteht zwischen der einfachen Eigentumsvorbehaltssicherung und der vom BGH<sup>114)</sup> wegen der Kollision mit den Einkaufs-AGB mit Recht abgelehnten Form des verlängerten oder erweiterten Eigentumsvorbehalts kein Unterschied:

Bei der Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB ist es also Sache des Lieferanten, für eine – wirksame – Eigentumsvorbehaltssicherung Sorge zu tragen; ein blindes Vertrauen auf die Wirksamkeit der Verkaufs-AGB ist nicht mehr zu rechtfertigen.

108) BGH ZIP 1985, 544 = EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*); BGH WM 1986, 643.

109) BGH ZIP 1982, 447; BGH ZIP 1982, 845.

110) Vgl. BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*); BGH WM 1986, 643, 644.

111) BGH WM 1979, 805, 806.

112) BGH ZIP 1985, 544, 545; vgl. BGH EWiR § 2 AGBG 1/85, 323 (*Grub*).

113) BGH WM 1986, 643.

114) BGH WM 1986, 643.