

# Wirtschaftsrecht

FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN

## Qualitätssicherungsvereinbarungen

### Prüfstein für AGB-Klauseln und Versicherungsschutz

*Qualitätssicherungsvereinbarungen sind inzwischen in der Industrie weit verbreitet. Sie dienen primär dem Zweck, im Verhältnis zwischen Hersteller und Zulieferant sicherzustellen, daß die bedungenen Qualitätsstandards eingehalten werden – mit der weiteren Maßgabe, daß das*

*Haftungsrisiko durch Optimierung der Qualitätsstandards herabgesetzt werden soll. Gleichwohl ergeben sich unter dem Gesichtspunkt dieses Gesetzes verschiedene Probleme.*

## I. Qualitätssicherungsvereinbarungen (§ 1 Abs. 1 AGBG)

### 1. Bedeutung

Die rechtliche Bedeutung aller Qualitätssicherungsvereinbarungen<sup>1</sup> besteht darin, im Namen der Gewährleistungs- und Produzentenhaftung die Frage beantworten zu helfen, ob im einzelnen Schadensfall die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gemäß § 276 BGB beachtet worden ist.<sup>2</sup> Freilich hat dies im Rahmen von § 1 ProdHaftG keine unmittelbare Relevanz; hier geht es entscheidend darum, durch Qualitätssicherungsvereinbarungen dazu beizutragen, daß Produktfehler vermieden werden. Auf diesem Hintergrund entstanden die Internationalen Normen ISO 9.000 bis 9.004, welche vom DIN inkorporiert wurden und als Europäische Norm EN 29.000 bis 29.004 in Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Luxemburg, den Niederlanden, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, der Schweiz, Spanien und dem Vereinigten Königreich inzwischen gelten.<sup>3</sup> Qualitätssicherungsvereinbarungen, welche sich an diesen Normen orientieren, haben vor allem im Beschaffungswesen mittlerweile hohe praktische Bedeutung.

Dabei ist insbesondere die Frage von Bedeutung, ob die Inkorporierung technischer Regelwerke – angesichts eines häufig hohen Risikopotentials – als Warenbeschreibung gemäß § 459 Abs. 1 BGB oder als Eigenschaftszusicherung gemäß § 459 Abs. 2 BGB zu qualifizieren ist. Eine eindeutige Antwort ist in diesem Zusammenhang schwer zu geben; hier herrschen stets die Umstände des Einzelfalls. Es ist keineswegs auszuschließen, daß es sich – unter besonderer Berücksichtigung des Know-hows des Lieferanten und des entsprechenden Vertrauens des Bestellers – um Eigenschaftszusicherungen handelt, so daß die Schadensersatzhaftung aus §§ 463, 480 Abs. 2 BGB resultiert. Mangels besonderer Umstände wird man jedoch die Bezugnahme auf technische Regelwerke grundsätzlich nur in den Rang einer Beschaffenheitsvereinbarung heben dürfen, so daß lediglich Ansprüche auf Wandelung oder Minderung bestehen, einschließlich des Ersatzes von Mangelfolgeschäden aufgrund positiver Vertragsverletzung. Daß es in Einkaufs-AGB nicht wirksam ist, eine Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 459 Abs. 1 BGB in den Rang einer Eigenschaftszusicherung gemäß § 459 Abs. 2 BGB zu erheben, ist schon wegen der unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen und -folgen im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG evident.<sup>4</sup>

### 2. AGB-Klauseln – Individualvereinbarung

Es besteht in der Literatur weitestgehend Übereinstimmung, daß Qualitätssicherungsvereinbarungen als AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 1 AGBG einzuordnen sind.<sup>5</sup> Dies folgt zum einen daraus, daß Qualitätssicherungsvereinbarungen notwendigerweise mit mehreren Lieferanten abgeschlossen werden müssen, so daß stets das Kriterium der Vielzahl vorformulierter Klauseln gemäß § 1 Abs. 1 AGBG erfüllt ist; zum anderen sind Qualitätssicherungsvereinbarungen im wesentlichen standardisiert.<sup>6</sup> Die Voraussetzungen eines »Aushandelns« im Sinn von § 1 Abs. 2 AGBG sind re-

1) Allgemein zu Qualitätssicherungsvereinbarungen *Migge*, VersR 1992, 665 ff.; *ders.*, PHI 1991, 186 ff., 198 ff.; *Teichler*, BB 1991, 428 ff.; *Lehmann*, BB 1990, 1849 ff.; *Kreifels*, ZIP 1990, 489 ff.; *Graf von Westphalen*, CR 1990, 567 ff.; *Hollmann*, CR 1992, 13 ff.; *ders.*, PHI 1989, 146 ff.; *Quitman*, BB 1989, 571 ff.; *Nagel*, DB 1988, 2291 ff.; *ders.*, DB 1989, 1505 ff.; *Zirkel*, NJW 1990, 345 ff.

2) *Migge*, VersR 1992, 665, 668 f.

3) *Migge* (FN 2).

4) Hierzu auch *Migge*, VersR 1992, 665, 671 f.

5) *Kreifels*, ZIP 1990, 489; *Graf von Westphalen*, CR 1990, 567 f.; *Lehmann*, BB 1990, 1849, 1851 f.

6) *Migge*, PHI 1991, 186 ff., 198 ff.

gelmäßig nicht zu erreichen.<sup>7</sup> Dabei sind freilich nur die AGB-Klauseln relevant, die gemäß § 9 AGBG der richterlichen Inhaltskontrolle deswegen unterworfen sind, weil sie von dispositiven Bestimmungen des BGB/HGB abweichen oder diese ergänzen. Ein »Aushandeln« gemäß § 1 Abs. 2 AGBG ist stets nur dann anzunehmen, wenn der AGB-Verwender bereit ist, den »gesetzesfremden« Kerngehalt der von ihm vorgeschlagenen Vereinbarung zur Disposition des Lieferanten zu stellen, so daß – dies ist als Regelsatz zu formulieren – dann auch eine tatsächliche Abänderung des vorformulierten Textes stattfindet.<sup>8</sup>

## II. Abbedingen der §§ 377, 378 HGB

### 1. Judikatur

Es ist inzwischen in der BGH-Judikatur anerkannt,<sup>9</sup> daß es gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verstößt, wenn der Besteller in seinen Einkaufs-AGB die Bestimmungen der §§ 377, 378 HGB uneingeschränkt abbedingt. Dabei ist anerkannt: Die rechtzeitige Mängeluntersuchung und die daran anknüpfende – unverzügliche – Rügeobliegenheit des Bestellers beruht darauf, den Lieferanten davor zu bewahren, sich noch längere Zeit nach der Ablieferung der Kaufsache etwaigen, dann nur noch schwer feststellbaren Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt zu sehen.<sup>10</sup> Folglich soll der Lieferant aufgrund der unverzüglich durchzuführenden Rüge des Bestellers in die Lage versetzt werden, seinerseits entsprechende Feststellungen und notwendige Dispositionen zu treffen; insbesondere soll er die Möglichkeit erhalten, einen weiteren Schaden abzuwehren.<sup>11</sup> Daher dient die unverzügliche Mängeluntersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäß §§ 377, 378 HGB dem Schutz des Lieferanten. Gleichwohl ist zu unterstreichen, daß die §§ 377, 378 HGB nicht auf deliktsrechtliche Ansprüche im Verhältnis zwischen Lieferant und Besteller bezogen sind.<sup>12</sup>

Soweit solche Ansprüche im unmittelbaren Vertragsverhältnis zwischen Lieferant und Besteller in Betracht kommen, gilt vielmehr – bei Versäumung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit – der allgemeine Grundsatz des § 254 BGB, so daß sich das in § 377 Abs. 2 HGB verankerte »Alles-oder-Nichts-Prinzip« – mangels rechtzeitiger Rüge gilt die Ware als »genehmigt« – nicht auf die deliktsrechtliche Haftung des Lieferanten gegenüber dem Besteller bezieht, weil die Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB darauf beruht, daß der Lieferant seine Verkehrssicherungspflicht gegenüber dem Besteller – bezogen auf dessen »Integritätsinteresse« – schuldhaft verletzt hat.<sup>13</sup> Demzufolge ist festzuhalten: Nur bei Gewährleistungsansprüchen im weiteren Sinn ist es gerechtfertigt, in der rügelosen Annahme der mangelhaften Ware eine Genehmigung im Sinn von § 377 Abs. 2 HGB zu sehen.<sup>14</sup> Erfasst werden also Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 459 ff. BGB sowie Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung.

### 2. Die Verlagerung der Wareneingangskontrolle auf den Lieferanten

Die entscheidende Frage im Rahmen von Qualitätssicherungsvereinbarungen bezieht sich inzwischen darauf, daß der Besteller – regelmäßig in der Funktion des Assemblers – auf die nach den §§ 377, 378 HGB gebotene Wareneingangskontrolle verzichtet, um diese als Warenausgangskontrolle auf den Lieferanten zu verlagern.<sup>15</sup> Diese Konstellation wirft gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG verschiedene Probleme auf, die bei Qualitätssicherungsvereinbarungen – insbesondere bei »just-in-time-Lieferungen« – große Bedeutung erlangen.<sup>16</sup>

#### a) »Just-in-time«

Daß die Abbedingung der §§ 377, 378 HGB auch im Rahmen einer »just-in-time-Lieferung« gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verstößt, entspricht dem Trend der BGH-Judikatur.<sup>17</sup> Auch der Gedanke, daß die »just-in-time-Lieferung« auf einer kontinuierlichen, einvernehmlichen Zusammenarbeit zwischen Besteller und Lieferant beruht, die der Verbesserung der gemeinschaftlichen Kooperation zwischen beiden dient, rechtfertigt es nicht, uneingeschränkt von dem Regelungsgehalt der §§ 377, 378 HGB Abstand zu nehmen, ohne daß dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verstößt.<sup>18</sup>

Denn ungeachtet des auch gesellschaftsrechtlich einzuordnenden Zwecks von Qualitätssicherungsvereinbarungen – Besteller und Lieferant arbeiten auf das engste zusammen – wird aufgrund des jeweiligen Rahmenvertrages eine Einzellieferung getätigt, für die unmittelbar die §§ 377, 378 HGB verbindlich sind. Es handelt sich um die Durchführung eines Kaufvertrages; die Qualitätssicherungsvereinbarung dient dabei dem Zweck, das Anforderungsprofil der »Qualität« zu optimieren.<sup>19</sup> Daß dieses Vertragsverhältnis in der Literatur als Vertrag sui generis qualifiziert wird,<sup>20</sup> berührt lediglich den bei Qualitätssicherungsvereinbarungen zugrundeliegenden Rahmenvertrag, betrifft aber nicht den jeweiligen als Kaufvertrag einzuordnenden Einzelvertrag. Aus diesem Grund sind auch alle Überlegungen abzulehnen, Qualitätssicherungssysteme – auch im Rahmen des »just-in-time« – seien aufgrund ihrer gesellschafts- und dienstrechtlichen Komponenten dem Ausnahmereich von § 23 Abs. 1 AGBG zuzuordnen.<sup>21</sup>

7) Lehmann, BB 1990, 1849, 1851.

8) BGH ZIP 1986, 1466, 1467; BGH DB 1988, 439.

9) BGH WM 1991, 1634.

10) BGH BB 1987, 2326 ff.; BGH WM 1991, 1634, 1635.

11) BGH NJW 1984, 1964, 1966.

12) BGH BB 1987, 2326; a.M. Schwark, AcP 179, 57, 76 f.

13) BGH BB 1987, 2326, 2328.

14) BGH BB 1987, 2326, 2327.

15) Migge, VersR 1992, 665, 673 f.

16) Graf von Westphalen, CR 1990, 567 ff.; Lehmann, BB 1990, 1849 ff.

17) BGH WM 1991, 1634; a.M. Lehmann, BB 1990, 1849, 1851 ff.; Martinek, Zulieferverträge und Qualitätssicherung, S. 45 ff.

18) A.M. Lehmann, BB 1990, 1849, 1852 f.

19) Migge, PHI 1991, 186 ff.; 198 ff.

20) Zirkel, NJW 1990, 345 ff.

21) Martinek (FN 17), S. 49; vgl. auch Nagel, DB 1991, 319 ff.

### b) Delegation der Verkehrssicherungspflichten

Die sich aus § 823 Abs. 1 BGB ergebenden Verkehrssicherungspflichten dienen dem Schutz der Rechtsgüter Dritter; sie sind grundsätzlich delegierbar.<sup>22</sup> Dabei wird zwischen einer vertikalen und einer horizontalen Arbeitsteilung differenziert.<sup>23</sup> Nach der von Steffen<sup>24</sup> entwickelten Terminologie liegt eine »vertikale« Arbeitsteilung immer dann vor, wenn bei der Herstellung eines Endprodukts Werkstoffe als Halbfertigwaren oder als Einzelteile bzw. komplette Bauteile von einem Lieferanten bezogen und von dem Besteller des Endprodukts verwendet werden.<sup>25</sup> Dabei gilt der Grundsatz, daß sowohl der Lieferant als auch der Besteller/Hersteller für das jeweilige Endprodukt im Rahmen der Verkehrssicherungspflicht gemäß § 823 Abs. 1 BGB verantwortlich ist. Der Lieferant ist also verpflichtet, in konstruktiver und fertigungstechnischer Hinsicht das von ihm zugelierte Produkt so zu gestalten, daß derjenige Sicherheitsgrad erreicht wird, der nach dem Verwendungszweck dieses Produkts allgemein für erforderlich angesehen wird.<sup>26</sup> Bei der »horizontalen« Arbeitsteilung ist es so, daß Arbeitsgänge auf einer oder mehreren Produktionsstufen an ein anderes Unternehmen vergeben werden.<sup>27</sup> Sowohl bei der »horizontalen« als auch bei der »vertikalen« Arbeitsteilung ist es anerkannt, daß der Besteller/Hersteller berechtigt ist, seine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit für Fremdarbeiten auf den jeweiligen Lieferanten zu konzentrieren.<sup>28</sup>

Ausgangspunkt ist dabei die Erkenntnis, daß auch der Lieferant im Hinblick auf das von ihm gefertigte Produkt Hersteller ist; für ihn gelten keine Sonderregeln: Er ist für sein Produkt verantwortlich und hat es in konstruktiver und fertigungstechnischer Hinsicht so auszuführen, daß die Sicherheitsanforderungen, welche bei bestimmungsgemäßer Verwendung des jeweiligen Produkts für erforderlich gehalten werden, realisiert werden.<sup>29</sup> Insbesondere ist er verpflichtet, die Produktkontrollen so zu organisieren, daß alle fehlerhaften Teile – soweit vermeidbar – ausgesondert werden, welche geeignet sind, Produktschäden zu verursachen.<sup>30</sup> Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Pflicht, eine etwaige Spezifikation des Zulieferprodukts zu beachten. Alle Hinweise des Her-

stellers/Bestellers und alle vertraglichen Abreden im Hinblick auf Maß, Gewicht, Spezifikation, Qualität etc. begründen eine Sicherungspflicht, die der Lieferant sowohl gegenüber dem Hersteller/Besteller als auch gegenüber den übrigen Verkehrsteilnehmern einzuhalten verpflichtet ist.<sup>31</sup> Sind – was immer wieder in der Praxis vorkommt – die Spezifikationen unklar, so ist grundsätzlich der Lieferant verpflichtet, den Hersteller/Besteller darauf hinzuweisen.<sup>32</sup> Da der Lieferant Hersteller seines Produkts ist, trifft ihn auch grundsätzlich die aus § 823 Abs. 1 BGB entwickelte Produktbeobachtungspflicht: Ergeben sich konkrete Anhaltspunkte dafür, daß Gefahren bei der Verwendung des Endprodukts entstehen, die auf das Zulieferteil zurückgehen können, ist der Lieferant unmittelbar gefordert, die erforderlichen und ihm zumutbaren Abwendungsmaßnahmen zu treffen.<sup>33</sup> So gesehen ist auch der Zulieferant rückrufpflichtig, sofern sich erweist, daß der Produktfehler in seinem Verantwortungsbereich liegt.<sup>34</sup>

Verwendet der Hersteller/Besteller jedoch ein Produkt, welches der Lieferant bereits hergestellt hat, liegt also der Fall einer »horizontalen« Arbeitsteilung vor, so sind folgende Pflichten zu beachten: Der Auftragnehmer, welcher die Arbeiten im Konstruktionsbereich übernommen hat, ist grundsätzlich verpflichtet, als Hersteller dafür einzustehen, daß seine Tätigkeit spezifikationsgemäß erfolgt und keine nach dem neuesten Stand von Wissenschaft und Technik vermeidbare Gefahr birgt.<sup>35</sup> Wird hingegen dem Lieferanten lediglich die Fabrikation der Produkte übertragen, so beschränkt sich naturgemäß seine nach § 823 Abs. 1 BGB zu beurteilende Sicherungspflicht grundsätzlich auf die ordnungsgemäße Ausführung eben dieser Tätigkeit.<sup>36</sup>

### 3. Unwirksamkeitskriterien

Um ermitteln zu können, ob die Abbedingung der §§ 377, 378 HGB als Warenausgangskontrolle zu Lasten des Lieferanten gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist, muß zunächst das Haftungssystem des § 823 Abs. 1 BGB im Rahmen der »vertikalen« und der »horizontalen« Arbeitsteilung kurz erörtert werden:

#### a) Allgemeine Erwägungen

Der Besteller haftet als Endhersteller für Produktfehler des Lieferanten nicht gemäß § 831 BGB, weil regelmäßig der Lieferant schon mangels sozialer Abhängigkeit vom Hersteller nicht dessen Verrichtungsgehilfe ist.<sup>37</sup>

#### Auswahl des Lieferanten

Demzufolge ist der Hersteller – verstanden als Assembler – bei der »vertikalen« Arbeitsteilung verpflichtet, für die richtige Auswahl des Lieferanten Sorge zu tragen; und er ist verpflichtet, durch eine ausreichend abgesicherte vertraglich-technische Einbindung dafür einzustehen, daß das vom Lieferanten herzustellende Produkt genau beschrieben und richtig spezifiziert ist.<sup>38</sup> Dabei muß der Besteller – wiederum als Assembler – bei der Konstruktion des Endprodukts genau

22) Schmidt-Salzer, BB 1979, 1 ff.; Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 32 ff.

23) Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 35 ff.; 94 ff.

24) RGRK-BGB/Steffen, § 823 Rdnr. 271.

25) Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kza. 3250, 3 ff. m.w.N.

26) Kullmann/Pfister (FN 25), S. 4 f.

27) Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 94.

28) Schmidt-Salzer, BB 1979, 1 ff.

29) BGH VersR 1972, 559 »Förderkorb«.

30) BGH VersR 1967, 1199 »Schubstrebe«.

31) Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 77.

32) Kullmann/Pfister (FN 25), Kza. 3250, S. 5.

33) Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 89 f.

34) Kullmann/Pfister (FN 25), Kza. 3250, S. 4 f.; Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 91.

35) Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 99.

36) Kullmann/Pfister (FN 25), Kza. 3250, S. 17.

37) BGHNJW 1976, 46, 47; Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 35.

38) Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 44 ff.

prüfen, ob die fremd produzierten Teile für den beabsichtigten Verwendungszweck geeignet sind.<sup>39</sup> Er muß sich also vergewissern, daß die zugelieferten Einzelteile die durch die Konstruktion des Endprodukts vorgegebenen Beschaffenheitsanforderungen erfüllen.<sup>40</sup>

Folglich reicht es für die Erfüllung der deliktsrechtlichen Verkehrssicherungspflichten gemäß § 823 Abs. 1 BGB nicht aus, daß sich der Assembler lediglich ganz allgemein über die Tauglichkeit des zugelieferten Produkts unterrichtet.<sup>41</sup> Wäre dies anders, wäre der Besteller als Assembler eines Endprodukts in der Lage, die Rechtsstellung späterer Geschädigter dadurch zu verschlechtern, daß er sicherheitsrelevante Einzelteile nicht selbst anfertigt, sondern von dritter Seite bezieht und diese – ohne sie zu überprüfen – in sein Endprodukt einbaut. Deshalb fordert Kullmann<sup>42</sup> vom Assembler eine sorgfältigere Prüfung als sie gemäß §§ 377, 378 HGB angezeigt ist.

#### *Kontrollpflicht*

Im Hinblick auf die durch die Verkehrssicherungspflicht des § 823 Abs. 1 BGB vorgezeichnete Kontrollpflicht gilt, daß der Besteller in seiner Funktion als Assembler nicht in allen Fällen zur Wareneingangskontrolle verpflichtet ist,<sup>43</sup> daß aber dann etwas anderes gilt, wenn er ohne weiteres in der Lage ist, die Qualität des zugelieferten Produkts von sich aus zu überprüfen.<sup>44</sup> Umgekehrt: Ist dem Besteller die Kontrolle des Endprodukts praktisch nicht oder überhaupt nicht möglich, so trifft ihn gemäß § 823 Abs. 1 BGB keine originäre Verkehrssicherungspflicht.<sup>45</sup> Bei der »horizontalen« Arbeitsteilung gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze, zumal sich beide Erscheinungsformen in der Praxis häufig überschneiden.<sup>46</sup>

#### *Vertragliche Verlagerung der Wareneingangskontrolle*

Es läßt sich nicht ohne weiteres gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG abschließend sagen, daß die vertragliche Verlagerung der Wareneingangskontrolle gemäß §§ 377, 378 HGB als Warenausgangskontrolle zu Lasten des Lieferanten diesen deswegen unangemessen benachteiligt, weil damit die Effizienz der zu erfüllenden Verkehrssicherungspflichten gemäß § 823 BGB – beleuchtet aus der Perspektive des zu schützenden Dritten – beeinträchtigt wäre.<sup>47</sup> Dies gilt namentlich dann, wenn der Besteller aufgrund vertraglicher Vereinbarung gegenüber dem Lieferanten dafür Sorge trägt, daß er selbst Konstruktion und Fertigung beim Lieferanten überprüft.<sup>48</sup> Denn daß der Besteller berechtigt ist, die ihm zu erfüllenden Verkehrssicherungspflichten gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf den Lieferanten zu delegieren, steht außer Streit.<sup>49</sup>

Sind die vom Besteller beim Lieferanten durchgeführten Eigenkontrollen also in der Sache genauso effizient wie die vom Besteller originär geschuldete Wareneingangskontrolle, so wird man darin nicht ohne weiteres eine unangemessene Benachteiligung des Lieferanten gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG konstatieren können. Diese Gesichtspunkte gelten insbesondere dann, wenn der Besteller, was üblicher Praxis in Qualitätssicherungsvereinbarungen ent-

spricht, einen »audit« beim Lieferanten in regelmäßigen Abständen und nach festgelegten Kriterien durchführt. Freilich kommt es hierbei entscheidend darauf an, ob und inwieweit der Besteller überhaupt technisch in der Lage ist, eine ausreichend zuverlässige und dem Restgüterschutz des Dritten dienende Kontrolle durchzuführen: Je spezialisierter das Know-how des Lieferanten ist, um so geringer wird die Anforderung an die Eigenkontrolle des Bestellers, es sei denn, der Besteller hat Anlaß, die Zuverlässigkeit des Lieferanten oder die Sicherheit seiner Konstruktion in Zweifel zu ziehen.<sup>50</sup>

#### *Eigenprüfung des Bestellers*

Bei Qualitätssicherungsvereinbarungen ist der Besteller jedoch regelmäßig durchaus in der Lage, selbst eine ausreichend verlässliche Eigenprüfung durchzuführen, weil Besteller und Lieferant auf das engste zusammenwirken, um Entwicklung und Produktion eines bestimmten Produkts »marktreif« zu gestalten. Erfahrungsgemäß haben Besteller und Lieferant – prototypisch sei die Automobilindustrie erwähnt – im Grunde genommen einen vergleichbaren Stand des Know-how, so daß der Besteller auch regelmäßig über die technischen und personellen Voraussetzungen verfügt, eine Eigenkontrolle des zugelieferten Produkts selbständig vorzunehmen, was aber gerade beim »just-in-time«-Verfahren und den üblichen Qualitätssicherungsvereinbarungen wegen der zusätzlichen Kostenbelastung vermieden wird.

#### *Unwirksamkeit der Warenausgangskontrolle*

Da also Qualitätssicherungsvereinbarungen das gesamte Leistungsrisiko auf den Lieferanten verlagern, entsteht zu seinen Lasten ein höheres Haftungsrisiko als aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen – insbesondere unter Berücksichtigung der §§ 377, 378 HGB – bedungen. Dies kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls dazu führen, die Verlagerung der Wareneingangskontrolle zur Warenausgangskontrolle beim Lieferanten als nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam einzuordnen. Entscheidend kommt es also darauf, ob die jeweilige Qualitätssicherungsvereinbarung eine verschärfte haftungsrechtliche Dimension aufweist, welche nicht in ausreichendem Maße durch Versicherungsschutz kompensiert werden kann.

39) BGH VersR 1967, 498; Kullmann/Pfister (FN 25), Kza. 3250, S. 6.

40) BGH VersR 1972, 559.

41) Kullmann/Pfister (FN 25), S. 7.

42) Kullmann/Pfister (FN 25), Kza. 3250, S. 8.

43) BGH NJW 1975, 1827, 1828.

44) BGH NJW 1976, 46, 47; Kullmann/Pfister (FN 25), Kza. 3250, S. 15; Produkthaftungsbandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 61.

45) Kullmann, NJW 1991, 675, 679.

46) Produkthaftungsbandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 96 f.

47) Teilweise a.A. Graf von Westphalen, CR 1990, 567, 571.

48) Hollmann, PHI 1989, 146, 153.

49) BGH NJW 1976, 46; BGH VersR 1977, 839; Schmidt-Salzer, BB 1979, 1, 3; Produkthaftungsbandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 59 ff.; Hollmann, CR 1992, 13, 14 f.

50) Produkthaftungsbandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 60 ff.

## b) Haftungsrechtliche Konsequenzen der Pflichten-delegation

### »Punitive Damages«

Im Ergebnis führt eine solche Delegation dazu, daß das gesamte Distributionsrisiko der vom Besteller hergestellten Endprodukte insoweit auf den Lieferanten abgewälzt wird, als die Haftung für eingetretene Personen- und Sachschäden in Rede steht, einschließlich einer etwa durchzuführenden präventiven Gefahrenabwehr in Form von Warnungen und Rückrufaktionen. Haftungsrechtlich wird damit auch das Risiko erfaßt, daß Dritte Schadensersatzansprüche aufgrund fremden Rechts geltend machen. Dies kann einschließen, daß auch das US-amerikanische Risiko der »products liability« auf den Lieferanten abgewälzt wird,<sup>51</sup> was nicht nur erheblich höhere Schadensersatzleistungen zur Folge hat, sondern auch einschließen kann, daß das extreme Risiko von »punitive damages« auf den Lieferanten abgewälzt wird.<sup>52</sup>

Die Absicherung des US-amerikanischen Produkthaftungsrisikos erfordert eine eindeutige versicherungsvertragliche Regelung, weil für gewöhnlich Auslandsschäden gemäß § 4 Abs. 1 Ziff. 3 AHB ausgeschlossen sind; Schadensersatzansprüche wegen »punitive damages« sind indessen nicht versicherbar.<sup>53</sup> Zudem müssen die Deckungssummen für das US-amerikanische Produkthaftungsrisikos wesentlich höher sein als die in vergleichbaren Fällen innerhalb des europäischen Marktes. Die deshalb vom Lieferanten zu zahlende Mehrprämie ist jedenfalls dann als unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. 1 AGBG einzustufen, wenn sich der Besteller nicht über eine adäquate Preiserhöhung an diesen Kosten beteiligt. Freilich gilt dies nicht in den Fällen, in denen der Lieferant von vornherein weiß, daß der Besteller die fertiggestellten Endprodukte in den US-amerikanischen Markt bringt. Denn dann ist der Lieferant selbst Adressat etwaiger Schadensersatzansprüche Dritter, die in den USA geltend gemacht werden und nach US-amerikanischem Recht zu beurteilen sind. Die gleichen Erwägungen gelten im Hinblick auf das zusätzliche Haftungsrisiko für etwaige »punitive damages«.<sup>54</sup>

### Gefahrenabwendungsmaßnahmen

Verglichen mit der gesetzlichen Normallage der §§ 377, 378 HGB und § 823 Abs. 1 BGB kann aber auch darin eine unangemessene Benachteiligung des Lieferanten im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG liegen, daß er im praktischen Ergebnis gehalten ist, alle im Rahmen der Produktbeobachtungspflicht geschuldeten Gefahrenabwendungsmaßnahmen – bezogen auf das Endprodukt selbst – zu treffen.<sup>55</sup> Die mit der Durchführung einer Rückrufaktion zusammenhängenden Aufwendungen und Kosten sind für den Lieferanten eine ungleich größere Belastung als die Kompensation von Schäden, die bereits an den Rechtsgütern Dritter im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB entstanden sind. Dabei ist es keineswegs sicher, daß der Lieferant seinerseits uneingeschränkt deliktsrechtlich verpflichtet ist, Rückrufaktionen durchzuführen.<sup>56</sup> Bejaht man jedoch als Regelsatz die Rückrufpflicht des Lieferanten,<sup>57</sup> so ist im Sinn von § 9 Abs. 1 AGBG entscheidend, daß sich dieses Risiko beträchtlich erhöht, wenn der Besteller seine aus den §§ 377, 378 HGB und § 823 Abs. 1 BGB folgenden Kontrollpflichten auf den Lieferanten delegiert. Der Besteller ist sogar ohne weiteres in der Lage, formell eine eigentlich dem Lieferanten obliegende Rückrufaktion zu veranlassen, deren Kosten dann aber gemäß §§ 670, 683 BGB auf den Lieferanten abgewälzt werden.

### c) Versicherungsaspekt

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, eine Delegation von Verkehrssicherungspflichten gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf den Lieferanten komme nur dann in Betracht, wenn der Besteller seinerseits dafür Sorge trägt, daß der Lieferant über einen ausreichenden Deckungsschutz im Rahmen seiner Haftpflicht- bzw. Produkthaftpflicht-Versicherung verfügt.<sup>58</sup>

Eine derartige »Liquiditätsgarantie« kann der Besteller jedoch nur dann zugunsten des geschädigten Dritten beim Lieferanten sicherstellen, wenn der Deckungsausschluß von § 4 Abs. 1 Satz 1 AHB abbedungen wird.<sup>59</sup> Sorgt der Besteller nicht für eine entsprechende »Liquiditätsgarantie« beim Lieferanten, indem der Deckungsausschluß von Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 AHB ausdrücklich unter Berücksichtigung des Verzichts auf die Wareneingangskontrolle des Bestellers gemäß §§ 377, 378 HGB abbedungen wird, so ist eine Qualitätssicherungsvereinbarung schon aus diesem Grund wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. wegen Unangemessenheit gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.<sup>60</sup> Der Lieferant wird nämlich dann in unangemessener Weise mit dem gesamten Produktrisiko konfrontiert, einschließlich Schadensersatzhaftung und Durchführung von Rückrufaktionen, die darauf zurückzuführen sind, daß er einen Produktfehler zu vertreten hat. Dies gilt freilich nur dann, wenn der Lieferant gleichzeitig den Nachweis erbringt, daß der Besteller in der Lage gewesen wäre, bei ordnungsgemäßer Wareneingangskontrolle gemäß §§ 377, 378 HGB den Schaden stiftenden Produktfehler rechtzeitig zu entdecken.

51) Graf von Westphalen, CR 1990, 567, 572 f.

52) Vgl. BGH ZIP 1992, 1256; OLG München NJW 1989, 3102.

53) Produkthaftungshandbuch/Littbarski, § 54 Rdnr. 151.

54) BGH ZIP 1992, 1256 – Vollstreckbarkeit abgelehnt; vgl. Graf von Westphalen, RIW 1981, 141 ff.; Stiefel/Stürner, VersR 1987, 829 ff.

55) Graf von Westphalen, CR 1990, 567, 573 f.

56) Diederichsen, DAR 1976, 312, 316; Löwe, DAR 1978, 288, 289, 259 f.; von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 52, 212; Graf von Westphalen, CR 1990, 567, 573 f.

57) Kullmann/Pfister (FN 25), Kza. 3250, S. 4 f.; Link, BB 1985, 1424, 1426 f.

58) Kullmann/Pfister (FN 25), Kza. 3250, S. 14; MünchKomm./Mertens, § 823 Rdnr. 197, § 831 Rdnr. 63; Produkthaftungshandbuch/Foerste, § 25 Rdnr. 50 f.

59) Graf von Westphalen, CR 1990, 567, 572; Hollmann, PHI 1989, 146, 156; Migge, PHI 1991, 204, 207 bei Ziff. 7.2.

60) Zu den Möglichkeiten des individuellen Versicherungsschutzes VP 1992, 93 f.

d) *Beweisposition des Lieferanten*

Qualitätssicherungsvereinbarungen – und dies ist im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. von § 9 Abs. 1 AGBG zu berücksichtigen – verschlechtern tendenziell die Beweislage des Lieferanten gegenüber dem Besteller: Aus tatsächlich-praktischen Gründen ist die Verteidigung des Lieferanten gegenüber dem Besteller sehr günstig, wenn geltend gemacht werden kann, der Besteller habe die gemäß §§ 377, 378 HGB gebotene bzw. die gemäß § 823 Abs. 1 BGB erforderliche Eigenkontrolle nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Es ist eben das aus § 377 Abs. 2 HGB abzuleitende Alles-oder-Nichts-Prinzip, welches hier durchschlägt, soweit es sich um gewährleistungsspezifische oder solche Schadensersatzansprüche handelt, welche mit der Gewährleistung der §§ 459 ff. BGB zusammenhängen. Verglichen hiermit verschlechtert sich die Beweislage des Lieferanten, wenn er bei vertraglicher Verpflichtung zur Ausgangskontrolle gehalten ist, gegenüber dem Besteller geltend zu machen, dieser habe seine »audits« nicht ordnungsgemäß beim Lieferanten vorgenommen. Denn dieser Einwand betrifft stets den eigenen Herrschafts- und Organisationsbereich des Lieferanten, begründet also unmittelbar den Einwand, es sei dem Besteller nicht anzulasten, daß dieser das, was der Lieferant selbst nicht konstatiert habe, im Hinblick auf etwaige Mängel und Fehler nicht festgestellt habe.

Doch ist dieser generell-abstrakte Gesichtspunkt nicht allein entscheidend. Zur Ausfüllung der Unwirksamkeitskriterien gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG kommt es vielmehr darauf an, wie die Eigenkontrollen des Bestellers ausgestaltet sind: Ist das Geflecht von Kontrollen, die der Besteller gegenüber dem Lieferanten durchführt, sehr eng, so wird man dies wohl als ausreichend effizient im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB einstufen müssen, so daß eine unangemessene Benachteiligung des Lieferanten gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG ausscheidet. Selbstverständlich spielt auch hier die Frage eine wichtige Rolle, ob der Besteller im Rahmen der gesetzlichen Normallage der §§ 377, 378 HGB einerseits und des § 823 Abs. 1 BGB andererseits überhaupt in der Lage gewesen wäre, eine Eigenkontrolle durchzuführen.<sup>61</sup>

e) *Mehrprämie*

Da der Besteller gegenüber dem Lieferanten – wie gezeigt – verpflichtet ist, für eine ausreichende Liquiditätsgarantie durch Bereitstellen eines adäquaten Versicherungsschutzes Sorge zu tragen, schließt dies notwendigerweise auch ein, daß der Deckungsschutz nicht dadurch gefährdet wird, daß der Besteller auf die gesetzlich geschuldeten Eingangskontrollen verzichtet und diese als Ausgangskontrollen auf den Lieferanten verlagert. So gesehen stellt sich die Frage, ob eine unangemessene Benachteiligung des Lieferanten darin liegt, daß er auf Veranlassung des Bestellers gezwungen wird, einen tendenziell höheren Deckungsschutz für Sach- und Personenschäden einzukaufen und dafür Sorge zu tragen, daß der Deckungsausschluß von § 4

Abs. 1 Satz 1 AHB abbedungen wird. In der Sache kann es nur darum gehen, ob die dadurch verursachte Mehrprämie geeignet ist, den Lieferanten im Sinn von § 9 Abs. 1 AGBG unangemessen zu benachteiligen. Dies ist nicht von vornherein auszuschließen, aber in entscheidendem Maße abhängig von der tatsächlich zu entrichtenden Mehrprämie. Dies setzt gleichzeitig voraus, daß der Besteller seinerseits nicht bereit ist, dem Lieferanten eine etwa zu entrichtende Mehrprämie durch eine entsprechende Preiserhöhung zu erstatten. Gelingt es dem Lieferanten nachweislich nicht, den Besteller zu einer Preiserhöhung zu veranlassen, um auf diese Weise eine etwaige Mehrprämie gegenüber der Versicherung aufzufangen, so kann darin durchaus eine unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. 1 AGBG liegen.

Aber selbst wenn der Deckungsausschluß von § 4 Abs. 1 Satz 1 AHB abbedungen ist, so ist für die Gesamtbeurteilung im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. von § 9 Abs. 1 AGBG entscheidend: Nicht das Schadensersatzrisiko für Personen- und Sachschäden ist das zentrale Problem, sondern die Konstituierung einer Rückruffpflicht zu Lasten des Lieferanten, welche der Besteller – auch wenn er diese selbst durchführt – im Wege des Regresses gemäß §§ 670, 683 BGB auf den Lieferanten abwälzt, soweit dieser die Ursache für die Rückrufaktion gesetzt hat. Denn lediglich in der Kfz-Industrie gibt es eine Rückrufkostenversicherung, nicht jedoch in den übrigen Industriezweigen.<sup>62</sup> Bei der Kfz-Industrie reduziert sich also die Frage nach der Wirksamkeit eines Qualitätssicherungssystems darauf, ob die für die Kfz-Rückrufkostenversicherung erforderliche Mehrprämie eine unangemessene Benachteiligung des Lieferanten im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. von § 9 Abs. 1 AGBG darstellt. Dies wird man regelmäßig verneinen müssen.<sup>63</sup>

Außerhalb der Kfz-Zulieferindustrie liegen die Dinge jedoch anders. Hier spricht einiges dafür, daß Qualitätssicherungsvereinbarungen, welche zu Lasten des Lieferanten eine Warenausgangskontrolle konstituieren, wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unangemessen und daher unwirksam sind. Denn der Lieferant hat keine Möglichkeit, sich gegen das vom Besteller geschaffene zusätzliche Haftungsrisiko zu versichern – und dies, obwohl ihm die aus § 377 Abs. 2 HGB resultierende Verteidigung abgeschnitten wird.

## 3. Haftung nach dem ProdHaftG

Die hier aufgezeigten Gesichtspunkte gelten in gleicher Weise, sofern die verschuldensunabhängige Haftung gemäß §§ 1, 4, 5 ProdHaftG eingreift. Denn Qualitätssicherungsvereinbarungen betreffen das Vertragsverhältnis zwischen Lieferant und Besteller; sie regeln mithin das Innenverhältnis im Sinn von § 5 ProdHaftG und sind in diesem Rahmen eine anderweitige Vereinbarung, die das Risiko beim Besteller beläßt oder es mehr oder weniger ganz auf den Lieferanten abgibt.

61) Kullmann, NJW 1991, 675, 679.

62) Produkthaftungshandbuch/Littbarski, § 56 Rdnr. 35 ff.

63) Vgl. auch Kreifels, ZIP 1990, 489, 496.

### III. Einzelklauseln

#### 1. Qualitätsstandards als Eigenschaftszusicherungen

Soweit Qualitätsstandards als Eigenschaftszusicherungen im Sinn der §§ 459 Abs. 2, 635 BGB qualifiziert werden, verstößt dies regelmäßig gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, weil die Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards – insbesondere von technischen Normen – grundsätzlich keine Eigenschaftszusicherung darstellt.<sup>64</sup> Nichts ist hingegen einzuwenden, wenn die Klausel bestimmt, daß der Lieferant verpflichtet ist, die technischen Spezifikationen des Bestellers exakt einzuhalten,<sup>65</sup> weil dies regelmäßig dem Inhalt der ohnehin geltenden Verkehrssicherungspflichten gemäß § 823 Abs. 1 BGB entspricht. Vorbehalten bleibt naturgemäß der Ausnahmetatbestand von § 1 Abs. 3 ProdHaftG: Ist der Mangel des vom Lieferanten hergestellten Produkts durch die konstruktiven Vorgaben des Bestellers verursacht, so führt dies grundsätzlich nicht zu einer Haftung des Lieferanten. Demzufolge verstößt es gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, wenn dem Lieferanten weitergehende Prüf- und Kontrollpflichten auferlegt werden, als sie nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 242 BGB angemessen sind.

#### 2. Überwachung der Qualitätsstandards durch den Hersteller

Soweit in Qualitätssicherungsvereinbarungen das Recht des Bestellers verankert ist, die Einhaltung der Qualitätsstandards durch den Zulieferer zu überwachen, bestehen hiergegen grundsätzlich keine durchgreifenden Bedenken im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG: Es ist das legitime Recht des Bestellers, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, daß die von ihm bedungenen technischen Qualitätsvorschriften vom Lieferer eingehalten werden. Problematisch sind jedoch die weiterführenden Klauseln, wonach sich der Besteller das Recht ausbedingt, ständig Zugang zum Betrieb des Zulieferers zu haben. Denn derartige Pauschalbefugnisse sind durch technische Erfordernisse im Rahmen der Qualitätssicherung nicht indiziert, und sie können sich als unangemessene Benachteiligung des Zulieferanten im Sinn von § 9 Abs. 1 AGBG auswirken, zum Beispiel dann, wenn unentgeltlich auch noch Räumlichkeiten und sonstige Hilfsmittel dem Besteller zur Verfügung gestellt werden müssen.

#### 3. Auferlegen einer übergebährlichen Dokumentationspflicht

Diese Erwägungen gelten erst recht, wenn der Lieferant verpflichtet wird, umfangreiche und durch die ihn gesetzlich treffenden Gefahrenabwendungspflichten nicht begründete Dokumentationen auf eigene Kosten anzufertigen. Gleiches gilt dann, wenn – zusätzlich – Prüfungen vom Besteller gefordert werden – mit der weitergehenden Verpflichtung, Prüfergebnisse, Testergebnisse, Analysen etc. auf Mikrofilm aufzunehmen und lange Zeit aufzubewahren. Derartige Klauseln sind stets an den Pflichten des Lieferanten zu orientieren, die dieser erfüllen muß, um in der Lage zu sein, etwa gegen ihn gerichtete Ansprüche aus der Produzentenhaftung gemäß § 823 BGB – im Bereich des Verschuldens<sup>66</sup> – oder gemäß § 1 ProdHaftG erfolgreich abzuwehren.<sup>67</sup>

Zielen jedoch diese vom Besteller dem Lieferanten überwälzten Pflichten darauf ab, daß dieser einen beträchtlichen Teil der eigentlich dem Hersteller obliegenden Pflichten erfüllt, so liegt darin – abhängig von den Umständen des Einzelfalls und den ohnehin geschuldeten Verkehrssicherungspflichten – eine unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. 1 AGBG. Zu berücksichtigen ist hierbei insbesondere: Je umfangreicher – verglichen mit dem dispositiven Recht – die dem Lieferanten überwälzten Pflichten sind, desto höher ist sowohl die Kostenlast wie auch das bei einer Pflichtverletzung sich realisierende Haftungsrisiko, ohne daß der Lieferant dann auch in der Lage ist, Regreß gegenüber dem Besteller im Sinn von § 426 BGB zu nehmen.

Generell schwer läßt sich die Frage beantworten, ob die Aufbewahrungspflicht für die vom Lieferanten erstellten Dokumente, wie sie in Qualitätssicherungsvereinbarungen häufig gefordert wird,<sup>68</sup> gegen § 9 Abs. 1 AGBG verstößt. Bejaht man unter Berücksichtigung der BGH-Judikatur<sup>70</sup> eine Befundversicherungspflicht des Lieferanten, so erscheint es nicht unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 1 AGBG, wenn der Besteller diesen verpflichtet, etwa erstellte Dokumentationen für einen Zeitraum von zehn Jahren, gerechnet ab Inverkehrbringen des Produkts, aufzubewahren. Denn damit wird die Frist bezeichnet, welche den Erlöschenstatbestand von § 13 ProdHaftG ausmacht.<sup>71</sup> Auch länger andauernde Aufbewahrungspflichten sind nicht von vornherein gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unangemessen lang, zumal die Möglichkeit besteht, auf Mikroverfilmung auszuweichen; und man wird auch im Auge behalten müssen, daß gemäß § 852 BGB ein Haftungszeitraum von maximal 30 Jahren in Betracht kommt. Doch gilt es hier stets abzuwägen, von welcher Lebensdauer des Produkts auszugehen ist, weil das Risiko einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme in einem angemessenen zeitlichen Verhältnis zur Aufbewahrungspflicht stehen muß, welche der Besteller dem Lieferanten überwälzt.<sup>72</sup>

64) So auch *Kreifels*, ZIP 1990, 489, 492.

65) *Kreifels*, ZIP 1990, 489, 490.

66) *BGH* ZIP 1988, 1129, 1132 f. »Limonadenflasche«: Befundversicherung.

67) *Kreifels*, ZIP 1990, 489, 494.

68) *Migge*, PHI 1991, 197, 201 f.

69) Hierzu auch *Kreifels*, ZIP 1990, 489, 494.

70) *BGH* ZIP 1988, 1129, 1132 f. »Limonadenflasche«.

71) *Kreifels* (FN 69).

72) *Kreifels* (FN 69).

#### 4. Zutrittsrechte des Bestellers

Da es in Qualitätssicherungsvereinbarungen üblich, aber auch im Rahmen von § 9 Abs. 1 AGBG notwendig ist, daß der Besteller »audits« beim Lieferanten durchführt, fügt es sich in dieses Bild, wenn der Besteller sich das Recht ausbedingt, jederzeit »während der üblichen Betriebs- und Geschäftsstunden« nach vorheriger Anmeldung das Werk des Lieferanten zu betreten. Derartige Rechte benachteiligen den Lieferanten nicht unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 1 AGBG. Etwas anderes kann dann gelten, wenn der Besteller von diesem Recht ohne ausreichende Veranlassung exzessiv Gebrauch macht.

#### 5. Geheimhaltungsklauseln

Diese müssen stets auf einen angemessenen Interessenausgleich gerichtet sein. Entscheidend kommt es deshalb darauf an, in welchem Umfang zwischen Besteller und Lieferant geheimhaltungsbedürftige Informationen ausgetauscht werden.

#### 6. Haftungsfreizeichnungstatbestände

Unwirksam gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist es, wenn bestimmt wird, daß die »Verantwortlichkeit« des Lieferanten davon »unberührt« bleibt, daß der Besteller Prüfungen, Kontrollen etc. im Rahmen der Qualitätssicherung durchführt. Denn es ist jedenfalls mit § 254 BGB unvereinbar – und verstößt deshalb auch gegen § 9 Abs. 1 AGBG –, wenn der Besteller sich insoweit gegenüber dem Lieferanten vollständig freizeichnet. Das gleiche gilt dann, wenn er sich auch in den Fällen vom Haftungsrisiko freizeichnet, in denen er Weisungen, Anordnungen etc. dem Lieferanten auferlegt hat, sofern der Schaden in einer solchen fehlerhaften Weisung, Anordnung etc. seine Ursache hat. Dabei reicht es nicht aus, daß sich der Besteller lediglich im Rahmen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit – entsprechend den Vorgaben von § 11 Nr. 7 AGBG – von der Haftung nicht freizeichnet, weil in der Regel die Unangemessenheit einer solchen Freizeichnung auch im Rahmen gewöhnlicher Fahrlässigkeit gemäß § 9 Abs. 1 AGBG vorliegt. Der Lieferant wird unangemessen benachteiligt, weil Qualitätssicherungsvereinbarungen regelmäßig darauf beruhen, daß zwischen Besteller und Lieferant eine enge Kooperation stattfindet, so daß das Gleichgewicht von Chancen und Risiken auch haftungsrechtlich gesichert sein muß.

Dieser Gesichtspunkt gilt vor allem dann, wenn der Besteller eine Musterfreigabe ausgesprochen hat. Dann kann er eine ihm insoweit zuzuweisende Mitverantwortlichkeit nicht einseitig auf den Lieferanten abwälzen, ohne daß darin eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 9 Abs. 1 AGBG liegt. Wegen der engen Kooperation zwischen Besteller und Lieferant ist es indessen kaum gerechtfertigt, auf die Norm des § 490 BGB auszuweichen, weil dies lediglich den gewährleistungsspezifischen Aspekt darstellt, nicht aber der Verkehrssicherungspflicht entspricht, die der Besteller

durch seine Mitwirkung an der Freigabe des Musters gegenüber dem geschädigten Dritten übernommen hat.<sup>73</sup> Folglich ist haftungsrechtlich die Freigabe des Musters als vertragswesentliche Pflicht gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG einzuordnen, von der sich der Besteller nicht wirksam gegenüber dem Lieferanten freizeichnen kann.

#### 7. Freistellungspflicht

Freistellungsverpflichtungen, die der Besteller dem Lieferanten auferlegt, sind nur dann mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. mit § 9 Abs. 1 AGBG vereinbar, wenn sie im einzelnen alle haftungsrechtlichen Gesichtspunkte reflektieren, die im Verhältnis zwischen Besteller und Lieferant – auch unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls – relevant geworden sind.

Hierbei ist zu unterstreichen, daß Qualitätssicherungsvereinbarungen häufig darauf abzielen, daß dem Geschädigten nicht der Besteller und der Lieferant gesamtschuldnerisch gemäß §§ 830, 840 BGB bzw. gemäß §§ 1, 4, 5 ProdHaftG haften, sondern daß ausschließlich der Lieferant gegenüber dem Geschädigten verantwortlich ist, weil der Besteller eine vollständige Delegation der Verkehrssicherungspflichten gemäß § 823 Abs. 1 BGB bzw. gemäß § 1 ProdHaftG auf den Lieferanten vollzogen hat.<sup>74</sup> Zielt daher die Freistellungsverpflichtung, die der Besteller dem Lieferanten überwälzt, auf eine vollständige Schadloshaltung – einschließlich der Übernahme aller Aufwendungen und Kosten im Rahmen einer Rückrufaktion –, so liegt darin allemal eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG, sofern dem Lieferanten alle Einwendungen abgeschnitten werden, welche auf eine Mitverantwortlichkeit des Bestellers abzielen. Wirksam ist deshalb nur eine solche Freistellungsverpflichtung, welche uneingeschränkt unter Berücksichtigung der getroffenen Vereinbarungen sowie der tatsächlichen Umstände dem Lieferanten das Recht offenhält, anteiliges Mitverschulden oder Mitverursachen dem Besteller entgegenzuhalten.

Unwirksam ist deshalb auch eine Freistellungsverpflichtung, wonach der Lieferant den Hersteller insoweit von der Haftung gegenüber dem geschädigten Dritten oder potentiell Geschädigten freihält, als er gegenüber diesen »selbst haften« würde. Die unangemessene Benachteiligung im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. von § 9 Abs. 1 AGBG liegt hier darin, daß die im Außenverhältnis gegebene gesamtschuldnerische Haftung gemäß §§ 830, 840 BGB bzw. gemäß §§ 1, 4, 5 ProdHaftG auch dann eingreift, wenn der Besteller als weiterer Gesamtschuldner selbst unmittelbar dem Geschädigten gegenüber haftet. Gesamtschuldnerischer Haftungsausgleich im Innenverhältnis und Außenhaftung sind eben nicht identisch, wie sich unmittelbar aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt (»soweit nicht ein anderes bestimmt ist«). Hinzu kommt, daß von der BGH-

73) Hierzu auch *Kreifels*, ZIP 1990, 489, 491.

74) So mit Nachdruck *Hollmann*, PHI 1989, 146, 154.

Judikatur noch nicht abschließend geklärt ist, ob der Lieferant auch zur Produktbeobachtung des Endprodukts und deshalb auch zur Durchführung von Rückrufmaßnahmen allein verantwortlich verpflichtet ist.<sup>75</sup>

Ohnedies kann die Wirksamkeit einer Freistellungs-

verpflichtung zu Lasten des Lieferanten nur dann beurteilt werden, wenn alle zuvor aufgeworfenen haftungs- und versicherungsrechtlichen Gesichtspunkte zugunsten des Lieferanten berücksichtigt worden sind: Denn die Freistellungsverpflichtung ist Konsequenz der Haftungsverlagerung, setzt also deren Wirksamkeit gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 1 AGBG voraus.

---

75) Offengelassen in *BGHBB* 1984, 2148, 2150.