

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Eigenschaftszusicherungen — Haftungsbegrenzungen und Haftungsfreizeichnungen in kaufmännischen AGB-Klauseln

Eine Bilanz der bisherigen Rechtsprechung zu den §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB läßt ganz eindeutig den Trend erkennen, die früher geübte Zurückhaltung bei der Bejahung von Eigenschaftszusicherungen¹⁾ mehr und mehr aufzugeben. Dadurch werden der Industrie erhebliche Haftungsrisiken aufgebürdet, zumal etwaige Haftungsbegrenzungs- oder Haftungsfreizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) seit dem 1. 4. 1977 vom Verbotstatbestand des § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz erfaßt werden. Während im nicht-kaufmännischen Bereich AGB-Klauseln, welche gegen § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz verstoßen, stets unwirksam sind, fragt es sich, ob und inwieweit die Anwendung von § 9 AGB-Gesetz gebietet, auch im kaufmännischen Verkehr Haftungsbegrenzungs- oder Haftungsfreizeichnungsklauseln dann die Wirksamkeit zu versagen, wenn ein Schadensersatzanspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB in Rede steht. Dabei ist zu berücksichtigen: Einerseits wird die Wirtschaft immer mehr und mehr — vornehmlich aus Wettbewerbsgründen — dazu angehalten, weitreichende Zusicherungen im Hinblick auf Funktionsweise und Qualität der zu vertreibenden Produkte abzugeben, andererseits wäre damit ein ganz erhebliches Haftungs- und Kostenrisiko verbunden, wenn tatsächlich im praktischen Ergebnis eine Parallelwertung zwischen § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz und § 9 AGB-Gesetz — bezogen auf den kaufmännischen Verkehr gem. § 24 AGB-Gesetz — eingreifen würde. Die gängigen Vertriebspraktiken und Werbemethoden würden sich nämlich dann im Ergebnis als kontraproduktiv erweisen: Sie würden Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB kreieren, die in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen nicht mehr wirksam ausgeschlossen oder begrenzt werden könnten. Diese Schadensersatzansprüche würden aber — immer und in jedem einzelnen Fall — sich dann zumindest auf Ersatz des Mangelschadens, d. h. des Schadens an der gelieferten Sache sowie auf Ersatz des entgangenen Gewinns erstrecken; abhängig vom Einzelfall könnte aber der gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB zu ersetzende und durch AGB-Klauseln nicht wirksam zu begrenzende oder gar auszuschließende Schadensersatzanspruch wesentlich weiter reichen und Ersatz des Mangelfolgeschadens umfassen. Schadensersatzansprüche sind aber auf Basis des geltenden Haftungssystems für den betroffenen Unternehmer stets ein großes Risiko; sie sind grundsätzlich nicht im Vorhinein abzuschätzen oder gar mit Hilfe von Kalkulationszuschlägen zutreffend zu erfassen — und: Dieses Risiko ist nur zum Teil versicherbar.

1. Die Voraussetzung von Eigenschaftszusicherungen gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB

Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung liegt eine Eigenschaftszusicherung in jeder vertragsgemäßen Erklärung des Verkäufers/Unternehmers, aus der sich ergibt, daß dieser für das Vorhandensein einer bestimmten Vertragseigenschaft einstehen will²⁾. Es ist keineswegs mehr erforderlich, daß diese zusichernde Erklärung vom Käufer/Besteller als vertragsgemäße verlangt wird, was allerdings das RG noch bejahte³⁾. Das Vorhandensein

einer Eigenschaftszusicherung bestimmt sich dabei — nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁴⁾ — nicht nach dem Willen des Erklärenden, sondern danach, was der Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte gem. § 242 BGB unter der vertragsgemäßen Erklärung des Verkäufers/Unternehmers im Einzelfall verstehen konnte und durfte⁵⁾. Desweiteren: Es entspricht ständiger Rechtsprechung — sowohl für das Kaufrecht⁶⁾ wie für das Werkvertragsrecht⁷⁾ —, daß die Tragweite einer Eigenschaftszusicherung gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB sich ebenfalls aus der Perspektive des Erklärungsempfängers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte gem. § 242 BGB bemißt. Zu differenzieren ist also: Erstreckte sich die Eigenschaftszusicherung — vom Empfängerhorizont bewertet — nur auf die Vertragsgemäßheit der Lieferung/Leistung, so bezieht sich der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB lediglich auf Ersatz des Mangelschadens; weitergehende Schadensersatzansprüche können nur aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung geltend gemacht werden⁸⁾. Erstreckte sich jedoch die Eigenschaftszusicherung nicht nur auf die Vertragsgemäßheit der Lieferung/Leistung, sondern auch auf das jeweilige spezifische Mangelfolgeschadenrisiko, so erfaßt der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB auch den Ersatz dieses Schadens⁹⁾. Für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung ist dann praktisch kein Raum mehr¹⁰⁾.

a) Abgrenzung zwischen § 459 Abs. 1 BGB und § 459 Abs. 2 BGB
Angesichts des damit nur kurz skizzierten Schadensersatzrisikos in Folge des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft erlangt die Frage erhöhte Bedeutung, welche Kriterien dazu dienen, einen Fehler im Sinn des § 459 Abs. 1 BGB gegenüber dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gem. § 459 Abs. 2 BGB abzugrenzen¹¹⁾. Eine generelle Linie läßt sich auf Basis der bisherigen BGH-Judikatur schwerlich finden; wohl aber können einzelne Fallgruppen gebildet werden, wobei auf die jeweilige, typische Interessenlage zwischen Käufer und Verkäufer abzustellen ist¹²⁾: Ein besonderes Vertrauen des Käufers in die Sachkunde des Verkäufers ist ein wesentliches Indiz dafür, eine bestimmte Erklärung des Verkäufers nicht nur als Warenbeschreibung im Sinn von § 459 Abs. 1 BGB, sondern als Eigenschaftszusicherung gem. § 459 Abs. 2 BGB aufzufassen¹³⁾; das gleiche gilt dann, wenn für den Verkäufer erkennbar ist, daß eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache für den Käufer von großem Wert ist¹⁴⁾; gleiches trifft aber auch zu, wenn die Verwendung der Kaufsache für einen bestimmten, im voraus bestimmmbaren Zweck von

⁴⁾ BGH v. 12. 5. 1959, DB 1959 S. 760 = NJW 1959 S. 1489; BGH v. 5. 7. 1972, BGHZ 59 S. 158, 160 f. = DB 1972 S. 1668; BGH v. 25. 6. 1975, DB 1975 S. 1597 = WM 1975 S. 895, 897.

⁵⁾ DIEDERICHSEN, AcP 165 S. 150, 159 f.

⁶⁾ BGH v. 29. 5. 1968, BGHZ 50 S. 204 ff. = DB 1968 S. 1171.

⁷⁾ BGH v. 25. 9. 1975, DB 1975 S. 2317 = BB 1975 S. 1507; DIEDERICHSEN, a.a.O., S. 162 ff.

⁸⁾ BGH v. 6. 12. 1973, DB 1974 S. 230 = BB 1974 S. 104.

⁹⁾ BGH, 29. 5. 1968, BGHZ 50 S. 200, 204 = DB 1968 S. 1171.

¹⁰⁾ In Betracht kommen lediglich solche Ansprüche, die nicht vom Zweck der Eigenschaftszusicherung erfaßt werden, dennoch sich auf Grund schuldhafter Verursachung im Rahmen der adäquaten Kausalität ergeben.

¹¹⁾ Hierzu im einzelnen SEMLER, NJW 1976 S. 406 ff.

¹²⁾ Hierzu BGH v. 25. 6. 1975, DB 1975 S. 1597 = WM 1975 S. 895, 896.

¹³⁾ BGH v. 5. 7. 1972, BGHZ 59 S. 158 = DB 1972 S. 1668.

¹⁴⁾ BGH v. 20. 12. 1965, DB 1966 S. 147.

¹⁾ Hierzu STAUDINGER/OSTLER, § 459 Anm. 60 ff.; vgl. auch HIDDEMANN, Aus der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats zu Kauf, Miete, Bürgschaft, Mobillarsachenrecht und Zwangsvollstreckung, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, S. 131, 133 f.

²⁾ MEZGER, in: RGRK-BGB, § 459 Anm. 21; PALANDT/PUTZO, § 459 Anm. 4a.

³⁾ RG v. 1. 4. 1908, RGZ 54 S. 219, 223; so auch noch STAUDINGER/OSTLER, a.a.O.

den Vertragsparteien vorgesehen wird¹⁵). Diese Abgrenzung zwischen Warenspezifikation einerseits und Eigenschaftszusicherung andererseits hat vor allem erhebliche Bedeutung, wenn Gütezeichen und Marken verwendet werden¹⁶), oder wenn der Verkäufer auf technische Regelwerke, wie z. B. DIN-Normen oder auf die „DVGW-Bestimmungen“ Bezug nimmt. In mehreren Entscheidungen hat es der BGH bislang abgelehnt, allein aus der Bezugnahme auf DIN-Normen¹⁷) bzw. auf technische Regelwerke¹⁸) eine Eigenschaftszusicherung im Sinn vom § 459 Abs. 2 BGB zu sehen. Diese Auffassung hat indessen in der Literatur nur begrenzt Zustimmung gefunden¹⁹). Es wird geltend gemacht, daß gerade bei der Bezugnahme auf derartige technische Normen nicht nur eine Konkretisierung und Spezifikation der jeweils zu verkaufenden Ware vorliegt, sondern auch die vertragsgemäße Erklärung dann dem Käufer gegenüber eintreten zu wollen, wenn die Kaufsache eine Eigenschaft besitzt, die von der technischen Norm abweicht²⁰). Doch hat diese Kritik den BGH bislang nicht bewogen, von seiner auf den jeweiligen Fall abstellenden Rechtsprechung in diesem Punkt abzuweichen²¹).

b) Stillschweigende Eigenschaftszusicherungen

Es ist längst anerkannt: Eine Eigenschaftszusicherung im Sinn der §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB bedarf keineswegs und in jedem Fall der ausdrücklichen Erklärung des Verkäufers; ausreichend ist vielmehr, wenn sich eine solche Zusicherung aus den Umständen des Falls – infolge schlüssigen Verhaltens der Parteien – ergibt²²). Dies ist z. B. dann der Fall, wenn beide Vertragsparteien der bestimmte Verwendungszweck der Ware bekannt ist²³); dabei kann auch die bestimmte Eigenart der Ware ausschlaggebend sein, wie z. B. bei einer Nottestamentmappe für Bayerische Bürgermeister²⁴). Auch auf Grund einer fachkundigen Beratung sowie aus der sich dann ergebenden Zusammenarbeit zwischen Verkäufer und Käufer kann sich eine Eigenschaftszusicherung herleiten lassen²⁵). Die Grenzen sind im Einzelfall fließend; entscheidend ist stets die Testfrage, inwieweit der Verkäufer auf Grund seines Verhaltens im Hinblick auf die Verwendung bzw. den Verwendungszweck der gelieferten Ware das Vertrauen des Käufers derart in Anspruch genommen hat, daß dieser sich nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte gem. § 242 BGB darauf verlassen konnte und durfte²⁶).

c) Reklamehafte Anpreisungen – Eigenschaftszusicherungen

Wie schwierig im Einzelfall diese Trennlinie zu ziehen sein kann, ergibt sich auch bei der Abgrenzung zwischen einer – unverbindlichen – reklamehaften Anpreisung des Verkäufers einerseits

und einer – verbindlichen – Eigenschaftszusicherung andererseits. Einigkeit besteht darin, daß einseitige reklamehafte Anpreisung des Verkäufers keine Einstandspflicht begründen²⁷). Doch ist damit das Problem noch nicht bewältigt, weil auch Werbeerkklärungen der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB in vollem Umfang zugänglich sind²⁸). Es kann deshalb – gemessen an den bisherigen Rechtsprechungsergebnissen – ohne weiteres sein, daß Eigenschaftszusicherungen in Prospekterklärungen²⁹), Katalogen, Broschüren etc. enthalten sind; auch in Zeitungsannoncen³⁰) können Eigenschaftszusicherungen gefunden werden. Zu erwähnen ist hierbei: Die bekannte Kleber-Entscheidung des BGH³¹) enthielt die maßgebende Eigenschaftszusicherung in dem vom Verkäufer benutzten Prospekt – ein Umstand, der freilich in dem Tatbestand der Entscheidung, wie er in der amtlichen Sammlung abgedruckt wurde, nicht erwähnt wird³²).

Bilanziert man, so fällt auf: Der Bereich der für den Verkäufer/Unternehmer in jedem Fall risikolosen und unverbindlichen Erklärungen bei Kauf- und Werkverträgen wird – im Hinblick auf den erforderlichen Vertrauensschutz des Käufers – zunehmend enger. Der BGH hat sogar in einem Fall die Haftung für Entwicklungsrisiken auf Grund einer stillschweigend abgegebenen Zusicherung bejaht³³). Nachdem diese Entscheidung entschiedene Kritik gefunden hat³⁴), gibt es allerdings jetzt gewisse Anzeichen, daß der BGH sich zumindest in diesem Punkt eine gewisse Zurückhaltung künftig auferlegen dürfte³⁵).

2. Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln gegenüber Schadensersatzansprüchen aus §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB.

Auch wenn die Entscheidung des Gesetzgebers in § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz inzwischen Kritik erfahren hat³⁶), führt gegenwärtig kein Weg daran vorbei: Kraft ausdrücklicher Wertung sind Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln in allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen insoweit unwirksam, als Schadensersatzansprüche gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft in Rede stehen; soweit allerdings Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung im Hinblick auf das Mangelfolgeschadenrisiko geltend gemacht werden, ist – freilich in den Grenzen von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz – eine wirksame Haftungsbegrenzung oder Haftungsfreizeichnung in allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen unbedenklich und wirksam. Die maßgebende Frage ist jedoch: Ist es unter Berücksichtigung von § 9 AGB-Gesetz geboten, auch im kaufmännischen Verkehr (vgl. § 24 AGB-Gesetz) eine gleichlautende Wertung vorzunehmen?

a) Die Mehrheitsmeinung der Literatur

Es ist erstaunlich: Die ganz überwiegend in der AGB Literatur vertretene Auffassung geht dahin, Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln in allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen auch im kaufmännischen Verkehr insoweit die Wirksamkeit zu versagen, als Schadensersatzansprüche gem. §§ 463,

¹⁵) BGH v. 4. 3. 1973, DB 1973 S. 815; BGH v. 16. 6. 1971, WM 1971 S. 1121, 1123.

¹⁶) BGH v. 21. 6. 1967, BGHZ 48 S. 118, 122 = DB 1967 S. 1407.

¹⁷) BGH v. 25. 9. 1968, DB 1968 S. 1942 = NJW 1968 S. 2238; BGH v. 4. 10. 1972, BGHZ 59 S. 303, 308 = DB 1972 S. 1668.

¹⁸) BGH v. 14. 5. 1974, DB 1974 S. 1427 = BB 1974 S. 998.

¹⁹) HENSELER, BB 1969 S. 24; MEZGER, in: RGRK-BGB, § 459 Anm. 21; dem BGH folgend PALANDT/PUTZO, § 459 Anm. 4a, bb; ERMAN/WEITNAUER, § 459 Anm. 33; SCHMIDT-SALZER, Produkthaftung, Rdn. 296; LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 11 Nr. 11 Anm. 6; SEMLER, NJW 1976 S. 406, 407.

²⁰) So vor allem MEZGER, a.a.O.; HENSELER, a.a.O.; OLG Köln v. 9. 12. 1963, VersR 1964 S. 541.

²¹) Vgl. aber BGH v. 17. 9. 1954, DB 1954 S. 928 = MDR 1955 S. 31; BGH v. 20. 12. 1965, DB 1966 S. 147 – jedoch keine Bezugnahme auf technische Regelwerke, sondern im Ergebnis stillschweigende Zusicherungen.

²²) Hierzu vor allem BGH v. 5. 7. 1972, BGHZ 59 S. 158 = DB 1972 S. 1668 = BB 1972 S. 1069 mit ablehnender Anmerkung von GRAF VON WESTPHALEN; kritisch auch MEZGER in: RGRK-BGB, § 459 Anm. 24; zurückhaltend auch HIDDEMANN, a.a.O., S. 134; TEICHMANN, NJW 1973 S. 20. Neuerdings BGH vom 28. 6. 1978, DB 1978 S. 1779 – einschränkend.

²³) BGH v. 16. 6. 1971, WM 1971 S. 1121, 1123; vgl. aber auch BGH v. 4. 10. 1972, DB 1972 S. 2247 = BB 1972 S. 1428.

²⁴) BGH v. 14. 3. 1973, DB 1973 S. 815.

²⁵) Hierzu FN 22.

²⁶) MEZGER, in: RGRK-BGB, § 459 Anm. 22.

²⁷) Hierzu STAUDINGER/OSTLER, § 459 Anm. 60; PALANDT/PUTZO, § 459 Anm. 4a.

²⁸) Hierzu ERMAN/WEITNAUER, § 459 Anm. 27; SOERGEL/BALLERSTEDT, § 459 Anm. 24.

²⁹) BGH v. 29. 5. 1968, BGHZ 50 S. 200 = DB 1968 S. 1171 = WM 1968 S. 828 ff.: insoweit nur hier abgedruckt; BGH v. 14. 3. 1973, DB 1973 S. 815; vgl. auch BGH v. 21. 6. 1967, BGHZ 48 S. 118 ff. = DB 1967 S. 1407.

³⁰) OLG Köln v. 19. 10. 1971, NJW 1972 S. 162; BGH v. 17. 3. 1976, DB 1976 S. 954 = WM 1976 S. 614.

³¹) BGH v. 29. 5. 1968, BGHZ 50 S. 200 ff. = DB 1968 S. 1171.

³²) Vgl. FN 29.

³³) BGH v. 5. 7. 1972, BGHZ 59 S. 158 ff. = DB 1972 S. 1668.

³⁴) TEICHMANN, NJW 1973 S. 20; GRAF VON WESTPHALEN in Anm. zu BGH v. 5. 7. 1972, BB 1972 S. 1069.

³⁵) HIDDEMANN, WM 1977 S. 1242, 1252; vgl. auch BGH v. 16. 3. 1977, WM 1977 S. 584, 585.

³⁶) WEITNAUER, BauR 1978 S. 73, 78.

480 Abs. 2, 635 BGB vorliegen³⁷⁾. Einhelliger Ansicht nach³⁸⁾ und auf Basis der bisherigen BGH-Judikatur³⁹⁾ ist dieses Ergebnis dann jedenfalls gerechtfertigt, wenn und soweit eine Eigenschaftszusicherung den Zweck verfolgte, den Käufer/Besteller gegenüber dem jeweiligen Risiko eines Mangelfolgeschadens abzusichern. Denn in diesem Fall würde eine Haftungsfreizeichnungsklausel im Ergebnis bewirken, daß der Verkäufer/Unternehmer auf Grund seiner allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen in der Lage wäre, den gegenüber dem Käufer/Besteller geschaffenen Vertrauenstatbestand wieder zu beseitigen — und dies, obwohl die Zusicherung individualvertraglicher Natur ist, die Haftungsfreizeichnungsklausel jedoch AGB-Charakter hat⁴⁰⁾. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, daß es nicht immer und ohne weiteres möglich ist, im nachhinein bedenkenfrei festzustellen, ob und inwieweit die jeweilige Zusicherung tatsächlich die Absicherung des Käufers/Bestellers gegen bestimmte Mangelfolgeschäden bezweckte⁴¹⁾. Hier hilft sich die Rechtsprechung in verschiedenen Fällen mit Erwägungen, die deutlich einzelfallbezogen und vom Ergebnis her bestimmt sind.

Gerade wegen des hohen Haftungs- und Kostenrisikos derartiger Schadensersatzansprüche gem. § 463, 480 Abs. 2, 635 BGB⁴²⁾ fragt es sich aber, inwieweit dieses Resultat auf eine zutreffende Interpretation der Wertungskriterien von § 9 AGB-Gesetz zurückzuführen ist.

b) Die Begründung der Mehrheitsmeinung — kritische Wertung

Wie bereits angedeutet, weitgehende Einmütigkeit besteht in der Literatur: Erstreckt sich eine ausdrückliche oder stillschweigende Eigenschaftszusicherung auch auf das Risiko von Mangelschäden, so ist — in Fortführung der bisherigen Judikatur⁴³⁾ — eine klauselmäßige Haftungsfreizeichnung gem. § 9 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr unwirksam⁴⁴⁾. Prüft man jedoch die für diese Auffassungen im einzelnen gegebenen Begründungen, so fällt auf: Die bisherige BGH-Rechtsprechung wird in einem ganz entscheidenden Punkt nicht mehr übernommen. Es war nämlich anerkannt, daß das Risiko von Schadensersatzansprüchen gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen dann jedenfalls wirksam ausgeschlossen werden kann, wenn die Eigenschaftszusicherung sich nicht auf das Risiko von Mangelfolgeschäden erstreckt und eine vertraglich zugesagte Nachbesserung zum Erfolg führt⁴⁵⁾. Insoweit konnte das Risiko eines Mangelschadens — eingeschlossen war hierin das Risiko des entgangenen Gewinns — wirksam freigezeichnet werden. Da die Mehrheitsmeinung in den AGB-Kommentaren dies jedoch jetzt nicht mehr zulassen will — vielmehr soll in jedem

Fall bei Eigenschaftszusicherungen Ersatz des Mangelschadens bzw. Ersatz des Mangelfolgeschadens gewährt werden — ist zu untersuchen, welche Begründungen hierfür im einzelnen angeführt werden.

Heinrichs bezeichnet die Schadensersatzsanktion der §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB als derartig grundlegend, daß das in § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz enthaltene Verbot gem. §§ 9, 24 Abs. 2 AGB-Gesetz auch im Verkehr zwischen Kaufleuten zu beachten ist⁴⁶⁾. Aus dem Gesamtzusammenhang der Kommentierung folgt, daß offenbar die vom BGH bislang in begrenztem Umfang zugelassene Schadensersatzfreizeichnung nicht mehr hingenommen werden soll. Eine im Ergebnis gleichlautende Auffassung wird von Coester-Waltjen vertreten⁴⁷⁾. Zutreffend hebt Coester-Waltjen hervor, daß die Folge des drohenden Schadensersatzanspruchs im kaufmännischen Verkehr eine „Zurückhaltung bei der Zusicherung von Eigenschaften“⁴⁸⁾ sein müsse. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch nur theoretisch zutreffend, praktisch ist er undurchführbar: Wie die Rechtsprechung belegt⁴⁹⁾, sind die Grenzen zwischen Eigenschaftszusicherung einerseits und Warenspezifikation sowie Werbung andererseits⁵⁰⁾ stark fließend; sie sind keineswegs im vorhinein und in jedem Fall bestimmbar — ganz abgesehen davon, daß die Käufer/Besteller — gerade im kaufmännischen Verkehr — Eigenschaftszusicherungen sowie in wachsendem Maße Garantiezusagen fordern; ohne derartige Zusagen sind Waren bzw. Dienstleistungen häufig gar nicht mehr verkäuflich. Dieser Gesichtspunkt wird indessen auch von Hensen herausgegriffen⁵¹⁾, doch erkennt Hensen völlig zutreffend die praktischen Schwierigkeiten seines Vorschlags: „Die im Handelsverkehr übliche präzise Festlegung des Kaufgegenstandes kann leicht als Zusicherung von Eigenschaften mißverstanden werden“⁵²⁾. Damit wird allerdings im Ergebnis das bestehende Dilemma nur unterstrichen. Ähnlich äußern sich Dittmann/Stahl⁵³⁾. Doch entspricht es kaum einer realistischen Einschätzung, wenn die Verfasser hervorheben, daß im kaufmännischen Bereich die „Übernahme von Garantien und die Zusicherung von Eigenschaften, besonders stillschweigende, selten sind und im Zweifel mit solchen Erklärungen nur eine Präzisierung der Kaufsache oder Leistung gemeint ist“⁵⁴⁾. Zwar ist richtig, daß — wie dargelegt — Tendenzen dafür sprechen, den Bereich der stillschweigenden Eigenschaftszusicherungen insoweit zu beschränken, als das Risiko von Mangelfolgeschäden unter Ein-schluß des Entwicklungsrisikos in Rede steht⁵⁵⁾. Aber Garantien können nie und nimmer „nur eine Präzisierung der Kaufsache oder Leistung“ darstellen; sie sind stets als Eigenschaftszusicherungen zu bewerten⁵⁶⁾, sie können sogar eine wesentlich weiterreichende Haftung zur Konsequenz haben⁵⁷⁾. Zudem: Die Übernahme von Garantien sowie die Zusicherung von Eigenschaften sind im kaufmännischen Verkehr nicht „selten“, sondern sie sind — um es abschließend nochmals zu unterstreichen — an der Tagesordnung.

Entscheidend kommt es aber auf die Frage an, ob es nicht mit den Wertungskriterien von § 9 AGB-Gesetz vereinbar ist, die bisherige Rechtsprechung des BGH in dem entscheidenden Punkt fortzusetzen, daß nämlich das Risiko von Schadensersatzansprüchen insoweit wirksam in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen ausgeschlossen werden kann, als die Zusicherung sich lediglich auf die Vertragsgemäßheit der Lieferung/Leistung erstreckte und eine vertragliche zugesagte Nachbesserung zum

³⁷⁾ PALANDT/HEINRICHS, AGB-Gesetz, § 11 Anm. 11; ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, 3. Auflage, 1978, § 11 Nr. 11 Rdnrn. 221 ff.; SCHLOSSER/COESTER-WALTJEN/GRABA, AGBG, § 11 Nr. 11 Rdn. 20; DITTMANN/STAHL, AGB-Gesetz, Rdn. 547; KOCH/STÜBING, AGB-Gesetz, § 11 Nr. 11 Rdn. 10; STEIN, AGB-Gesetz, § 11 Rdn. 105; KÖTZ, in: MünchKomm., § 11 Rdn. 126; differenzierend LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Gesetz, § 11 Nr. 11 Rdnrn. 19 ff.; SCHMIDT-SALZER, AGB, F 117 ff.

³⁸⁾ Vgl. FN 37.

³⁹⁾ BGH v. 29. 5. 1968, BGHZ 50 S. 200 ff. = DB 1968 S. 1171; BGH v. 6. 12. 1973, DB 1974 S. 230; BGH v. 25. 9. 1975, BGHZ 65 S. 107 = DB 1975 S. 2317; vgl. im übrigen auch THAMM, NJW 1976 S. 225 f.

⁴⁰⁾ So schon BGH v. 29. 5. 1968, BGHZ 50 S. 200, 207 = DB 1968 S. 1171.

⁴¹⁾ Hierzu THAMM, a.a.O.

⁴²⁾ Zutreffend weist SCHMIDT-SALZER bei Schadensersatzansprüchen zwischen Kaufleuten auf die an und für sich gegebene Patt-Situation hin: Es ist nicht einsichtig, wieso die Interessen des Lieferanten gegenüber (unübersehbaren) Schadensersatzansprüchen eine andere Bewertung erfordern als die Interessen des Käufers, vor solchen Schadensersatzansprüchen geschützt zu werden, F 126 — allerdings bezogen auf allgemeine Schadensersatzerwägungen.

⁴³⁾ Hierzu FN 39.

⁴⁴⁾ Hierzu FN 38.

⁴⁵⁾ Hierzu BGH v. 9. 7. 1970, BGHZ 54 S. 236, 242 f. = DB 1970 S. 1584; BGH v. 6. 12. 1973, DB 1974 S. 230 = NJW 1974 S. 272; BGH v. 24. 6. 1974, BB 1974 S. 1137; vgl. aber auch BGH v. 25. 9. 1975, DB 1975 S. 2317 = NJW 1976 S. 43.

⁴⁶⁾ PALANDT/HEINRICHS, a.a.O.

⁴⁷⁾ COESTER-WALTJEN, a.a.O.

⁴⁸⁾ Ebenda.

⁴⁹⁾ Hierzu FN 12 ff.

⁵⁰⁾ Hierzu FN 27 ff.

⁵¹⁾ HENSEN, § 11 Nr. 11 Rdn. 26.

⁵²⁾ Ebenda.

⁵³⁾ DITTMANN/STAHL, a.a.O.

⁵⁴⁾ Ebenda.

⁵⁵⁾ BGH v. 5. 7. 1972, BGHZ 59 S. 158 ff. = DB 1972 S. 1633.

⁵⁶⁾ Vgl. BGH v. 25. 9. 1975, DB 1975 S. 2317; BGH v. 19. 1. 1977, WM 1977 S. 365.

⁵⁷⁾ Insbesondere BGH v. 19. 1. 1977, WM 1977 S. 365.

Erfolg führt⁵⁸⁾. Mißt man die Wirksamkeit einer solchen AGB-Klausel an § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz, so ist grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Käufers/Bestellers daraus nicht abzuleiten. Zwar verliert dieser seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB. Doch steht ihm ein solcher Schadensersatzanspruch ohnedies dann nicht zu, wenn Nachbesserung gem. § 476a BGB verlangt wird, weil ein etwa dann bestehender Schadensersatzanspruch lediglich auf positiver Vertragsverletzung beruht⁵⁹⁾. Daß aber ein solcher in den Grenzen von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz wirksam ausgeschlossen werden kann, steht außer Streit⁶⁰⁾. Ob also im Einzelfall eine unangemessene Benachteiligung des Käufers/Bestellers auf Grund der beschriebenen AGB-Klausel vorliegt, ist daher entscheidend davon abhängig, ob es gem. § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz mit den Geboten von Treu und Glauben unvereinbar ist, daß sich der Verkäufer/Lieferant in seinen Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen — im Rahmen der hier interessierenden Fallkonstellation — ein primäres Nachbesserungsrecht unter Ausschluß des Schadensersatzanspruchs ausbedingte. Denn er zwingt damit seinen Vertragspartner dazu, die Sache zunächst zu behalten, obwohl dieser eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Es dürften jedoch nicht sehr viele Fälle denkbar sein, in denen — bei Anwendung dieses Parameters — Unangemessenheit im Sinn von § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz vom Käufer/Besteller dargetan und bewiesen werden kann; regelmäßig ist — ganz im Gegenteil — davon auszugehen, daß auch der Käufer/Besteller ein Interesse daran hat, eine einmal gekaufte Ware/Leistung zu behalten, selbst wenn diese anfangs mangelhaft ist. Im Grunde genommen ist vielmehr die Interessenlage die gleiche wie im Bereich eines gewöhnlichen Mangels gem. § 459 Abs. 1 bzw. § 633 Abs. 1 BGB. Für diese Fälle aber steht ein primäres Nachbesserungsrecht außer Streit, sofern es vertraglich vereinbart ist. Indessen ist darauf hinzuweisen, daß in diesen Fällen gem. § 9 AGB-Gesetz die Grenzen der Nachbesserung/Ersatzlieferung, wie in § 11 Nr. 10b AGB-Gesetz vorgesehen, zu berücksichtigen sind⁶¹⁾. Strittig ist allein, ob bei einem Fehlschlagen der Nachbesserung § 9 AGB-Gesetz verlangt, dem Käufer/Besteller das Wandlungs- oder Minderungsrecht einzuräumen⁶²⁾, oder ob es genügt, wenn dem Käufer/Besteller lediglich ein Minderungsrecht zur Verfügung steht⁶³⁾.

Auch bei Anwendung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz ergeben sich bei dieser Fallkonstellation keine anderen Gesichtspunkte. Gemessen an der Regelung des dispositiven Rechts ist vielmehr darauf hinzuweisen: Der in §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB vorgesehene Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist keineswegs der einzige als adäquat anzusehende Rechtsbehelf; ihm zur Seite stehen vielmehr auch die Rechte des Käufers/Bestellers, Minderung oder Wandlung zu verlangen. Dies ist m. E. das entscheidende Gegenargument gegenüber den Auffassungen von Hensen^{63a)} und Kötz^{63b)}, welche ihre weiterreichende Ansicht damit begründen, es sei nicht einzusehen, daß der Käufer beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft — falls diese sich lediglich auf das Erfüllungsinteresse bezieht — genauso gestellt wird, wie der Käufer einer im Sinn von § 459 Abs. 1 BGB mangelhaften Sache. Es sei gerade Sinn und Zweck der Zusage^{63c)}, die auf Schadensersatz zielende, verschärfte Haftung als unabdingbar zu qualifizieren. So zutreffend diese Argumentation dann ist,

wenn Eigenschaftszusicherungen das Mangelfolgeschadenrisiko umfassen, so wenig überzeugt diese generelle Aussage, wenn man — was geboten ist — die Normen des dispositiven Rechts gemäß §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB als maßgebende Wertentscheidungen des Gesetzgebers heranzieht. Denn auch in Fällen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft sind die Interessen von Käufer und Verkäufer auch durch Nachbesserung, Wandlung oder Minderung auszugleichen, nicht nur durch die Sanktion eines Schadensersatzes.

Daraus aber ist abzulesen, eine AGB-Klausel ist gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht unwirksam, wenn sie klar und eindeutig folgende — hier noch einmal zusammenfassende Parameter berücksichtigt:

- Die Eigenschaftszusicherung darf sich lediglich auf die Vertragsgemäßheit der Ware/Lieferung beziehen, so daß der Schadensersatzanspruch gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB lediglich den Mangelschaden, nicht aber den Mangelfolgeschaden erfäßt;
- beim Fehlen einer derart zugesicherten Eigenschaft muß im Ergebnis eine zugesagte Nachbesserung oder Ersatzlieferung zum Erfolg führen, sie darf nicht fehlschlagen;
- schlägt indessen die Nachbesserung fehl — vorausgesetzt, sie war nicht von vornherein unmöglich (z. B. bei Vorliegen eines Konstruktionsfehlers⁶⁴⁾) — dann sind dem Käufer/Besteller gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz mindestens die Rechte einzuräumen, die für den nicht-kaufmännischen Verkehr in § 11 Nr. 10b AGB-Gesetz vorgesehen sind. Dies entspricht im übrigen auch der BGH-Judikatur⁶⁵⁾.

Für die Klauselpraxis ergibt sich daraus eine wesentliche Überlegung: Um nicht mit der Unklarheitenregel von § 5 AGB-Gesetz zu kollidieren, ist es geboten, bei der Regelung von Eigenschaftszusicherungen in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen genau zu differenzieren: Soweit Eigenschaftszusicherungen sich auch auf das Risiko von Mangelfolgeschäden erstrecken, so daß eine Haftungsfreizeichnungsklausel unwirksam ist, sollte dies ausdrücklich, klar und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht werden; dabei ist diese Regelung von derjenigen abzugrenzen, in denen sich eine Eigenschaftszusicherung lediglich auf das Risiko eines Mangelschadens erstreckte — mit der Folge, daß die dann primär geschuldete Nachbesserung/Ersatzlieferung in den Grenzen von § 11 Nr. 10b AGB-Gesetz wirksam ist, was auch gem. § 9 AGB-Gesetz Berücksichtigung verdient. Demgegenüber werden jedoch praktisch vielfach Klauselwerke verwendet, in denen die Schadensersatzhaftung „versteckt“ geregelt ist; es heißt z. B.: „Schadensersatzansprüche sind, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen“, oder es ist zu lesen: „Eine Haftung auf Schadensersatz besteht nur in den Fällen, in denen dies zwingend gesetzlich geboten ist“. Gegen die Wirksamkeit einer solchen pauschalen Haftungsfreizeichnungsklausel bestehen bereits unter dem Gesichtswinkel von § 5 AGB-Gesetz durchgreifende Bedenken, was auch in der Literatur anerkannt ist⁶⁶⁾. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 24. 11. 1976⁶⁷⁾, wonach innerhalb des Vertragsverhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer — freilich bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 823 BGB — die Umkehr der Beweislast entsprechend den Regeln der Produzentenhaftung eingreift. Denn der BGH hat unmißverständlich und eindeutig erklärt⁶⁸⁾ — und dies ist inzwischen durch eine wichtige Veröffentlichung bestätigt worden⁶⁹⁾ —, daß Gewährleistungsregelungen und die dort enthaltenen Haftungsbegrenzungs- oder Haftungsfreizeichnungsklauseln nicht geeignet sind, etwaige Ansprüche gem. § 823 BGB wirksam zu erfassen. Ob überhaupt Ansprüche

⁵⁸⁾ SCHMIDT-SALZER, F 118 ff.; LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, a.a.O.

⁵⁹⁾ LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, § 25 Anm. 7.

⁶⁰⁾ Statt aller PALANDT/HEINRICHS, § 11 Anm. 7.

⁶¹⁾ PALANDT/HEINRICHS, § 11 Anm. 10h; HENSEN, § 11 Nr. 10 Rdn. 56; COESTER-WALTJEN, § 11 Nr. 10 Rdn. 65; STEIN, AGB-Gesetz, § 11 Rdn. 99; DITTMANN/STAHL, Rdn. 495 F.; LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, § 11 Nr. 10b, Rdn. 18 ff.

⁶²⁾ So PALANDT/HEINRICHS, a.a.O.; COESTER-WALTJEN, a.a.O.; LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, Rdnr. 19.

⁶³⁾ HENSEN, a.a.O.; DITTMANN/STAHL, a.a.O.; STEIN, a.a.O.

^{63a)} ULMER/BRANDNER/HENSEN, § 11 Rdnr. 22.

^{63b)} KÖTZ, a.a.O. § 11 Rdnr. 126.

^{63c)} Ähnlich KOCH/STÜBING, § 11 Rdnr. 10.

⁶⁴⁾ BGH v. 5. 7. 1972, BGHZ 59 S. 158 ff. = DB 1972, 1668.

⁶⁵⁾ Vgl. Fn. 45; wie hier auch SCHMIDT-SALZER, F 123. Freilich verfährt der Gedanke der BGH nicht, den Kaufmann vor unübersehbaren Schadensersatzansprüchen zu schützen, weil es nach § 9 AGB-Gesetz nur auf die Perspektive des geschädigten Kunden ankommt.

⁶⁶⁾ DITTMANN/STAHL, Rdnr. 243.

⁶⁷⁾ BGH v. 24. 11. 1976, DB 1977 S. 299 = BB 1977 S. 162.

⁶⁸⁾ Ebenda.

⁶⁹⁾ HIDDEMANN, WM 1977 S. 1242, 1253; vgl. aber auch LIEB, JZ 1977 S. 345; demgegenüber auch GRAF VON WESTPHALEN, BB 1977 S. 313. Neuestens BGH v. 5. 7. 1978, DB 1978, S. 1878 f.

gem. § 823 BGB in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen wirksam ausgeschlossen werden können, erscheint angesichts der Wertungskriterien von § 9 AGB-Gesetz äußerst fraglich⁷⁰⁾. Ist dies jedoch zutreffend, dann führen die hier beispielhaft erwähnten und vielfach verwendeten Haftungsfreizeichnungsklauseln im Ergebnis dazu, sowohl im Hinblick auf die Schadensersatzhaftung gem. § 823 BGB leerlaufend zu sein als auch im Hinblick auf die Schadensersatzhaftung gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB, falls die hier referierte mehrheitlich in den Kommentaren vertretene Auffassung sich durchsetzt.

Sicherlich, dies ist dann eben nicht durch AGB-Klauseln wirksam zu verhindern. Doch geht es gar nicht entscheidend um diese Frage; im Vordergrund steht vielmehr, falls derartige unklare Formulierungen bei Haftungsfreizeichnungsklauseln verwendet werden, die Überlegung: Der AGB-Verwender weiß ja dann in vielen Fällen nicht, welche Haftungsrisiken bei einer solchen Regelung drohen, so daß er nicht ohne weiteres in der Lage ist, diese Schadensersatzrisiken durch Abschluß ausreichenden Versicherungsschutzes in Grenzen abzumildern. Mit anderen Worten: Eine derartige Haftungsfreizeichnungsklausel gibt dem AGB-Verwender Steine statt Brot. Darüber hinaus: Sie gibt permanent Anlaß, rechtliche Auseinandersetzungen zu suchen, weil erst die Frage geklärt werden muß, inwieweit im Einzelfall eine Schadensersatzhaftung durch Allgemeine Verkaufs- und Lieferbedingungen nicht rechtswirksam ausgeschlossen werden kann.

c) Haftungsbegrenzungsklauseln

Da Haftungsfreizeichnungsklauseln im Bereich der Schadensersatzhaftung gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB auch im kaufmännischen Verkehr dann unwirksam sind, wenn die Eigenschaftszusicherung, was durch Auslegung zu ermitteln ist, das Risiko von Mangelfolgeschäden mit umfaßt, fragt es sich, ob die gleiche Überlegung für Haftungsbegrenzungsklauseln gilt. Im nicht-kaufmännischen Bereich ist dies durch die ausdrückliche Regelung in § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz klargestellt. Soweit eine entsprechende Geltung dieser Vorschrift auch im kaufmännischen Verkehr bejaht wird, sind also auch Haftungsbegrenzungsklauseln grundsätzlich unwirksam. Dies ergibt sich schon aus dem seit der Kleber-Entscheidung⁷¹⁾ bekannten Gesichtspunkt der Kollision zwischen der individualvertraglichen Zusicherung gegenüber der klauselmäßigen Haftungsbegrenzung. Anders ist die Rechtslage allerdings dann zu beurteilen, soweit die Haftungsbegrenzungsklausel dem typischen, in vergleichbaren Umständen voraussehbaren Schaden entspricht⁷²⁾. Denn die Wertungskriterien von § 9 AGB-Gesetz stehen solchen Haftungsbegrenzungsklauseln nicht entgegen, weil diese lediglich bewirken, daß das im Einzelfall überschießende Schadensersatzrisiko beim Geschädigten verbleibt. Ob und inwieweit jedoch derartige Haftungsbegrenzungsklauseln dadurch zu konkretisieren sind, daß auf die tatsächliche Ersatzleistung einer bestehenden Haftpflicht bzw. Produkthaftpflicht-Versicherung abgehoben wird, ist nur anhand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Voraussetzung ist allemal, daß die Deckungssummen dem typischen, üblicherweise in vergleichbaren Umständen zu erwartenden Schaden entsprechen; sind sie zu niedrig angesetzt, was in der Praxis sehr häufig vorkommt, dann sind solche Klauseln mit § 9 AGB-Gesetz unvereinbar, was insbesondere dann gilt, wenn die Haftungsbegrenzung praktisch nur auf dem Papier steht und in Wirklichkeit einer Haftungsfreizeichnung gleichkommt⁷³⁾. Darüber hinaus ist freilich darauf abzuheben, inwieweit überhaupt das haftungsrechtliche Risiko versicherungsmäßig abgedeckt ist, was — wie gesagt — nur anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalles beurteilt werden kann. Jedenfalls ist stets zu berücksichtigen: Auch auf Basis des Produkthaftungs-Modells werden nur Sachschäden bei Fehlen

einer zugesicherten Eigenschaft gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB ersetzt, nicht jedoch primäre Vermögensschäden. Dies gilt auch dann, wenn Vermögensschäden durch Vereinbarung der Besonderen Bedingungen als gedeckt deklariert werden⁷⁴⁾.

d) Schriftformklauseln und § 4 AGB-Gesetz

Da gegenüber Eigenschaftszusicherungen Haftungsfreizeichnungsklauseln sowie Haftungsbegrenzungsklauseln in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen nur in begrenztem Umfang noch wirksam sind, stellt sich die Frage, ob dieses Haftungsrisiko nicht wenigstens in den Fällen einer mündlichen Zusicherung (Rat) gemindert werden kann, daß Schriftformklauseln⁷⁵⁾ in die AGB aufgenommen werden. Die Rechtsprechung des BGH ist nicht einheitlich, ob das Schriftformerfordernis gegenüber einer mündlichen Zusicherung durchgreift⁷⁶⁾ oder ob der Berufung auf die Schriftform der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegensteht⁷⁷⁾. Die bisherige Literatur ist in diesem Punkt auch kaum als einheitlich zu bewerten⁷⁸⁾. Uneinheitlich ist auch die Antwort auf die Frage, ob eine Schriftformklausel am Vorrang der Individualabrede gem. § 4 AGB-Gesetz scheitert, sofern eine mündliche Zusage bewiesen werden kann⁷⁹⁾. Die überwiegende Auffassung in der Literatur tendiert jedoch jetzt zutreffenderweise dahin, der Berufung auf eine Schriftformklausel dann die Wirksamkeit gem. § 4 AGB-Gesetz abzusprechen, wenn einer mündlichen Zusicherung, Erklärung oder einem sonstigen Rat — unter der Voraussetzung, daß ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB besteht — die Verbindlichkeit wegen fehlender Schriftform genommen wird. Denn in diesem Fall steht eindeutig das individualvertragliche Verhalten im Widerspruch zu etwaigen Haftungsbegrenzungs- oder Haftungsfreizeichnungsklauseln in den jeweiligen AGB.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das Risiko von Schadensersatzansprüchen wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB ist — folgt man den in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassungen — erheblich angewachsen; Haftungsfreizeichnungsklauseln sind jedenfalls dann gem. § 9 AGB-Gesetz unwirksam, wenn die Eigenschaftszusicherung sich auch darauf erstreckte, den Käufer/Besteller gegenüber dem Risiko eines Mangelfolgeschadens abzusichern. Dies entspricht dem bisherigen Trend der BGH-Judikatur⁸⁰⁾. Die weitergehende Auffassung der AGB-Kommentatoren, eine Haftungsfreizeichnungsklausel auch dann die Wirksamkeit gem. § 9 AGB-Gesetz zu versagen, wenn sich die Eigenschaftszusicherung lediglich auf das Mangelschadenrisiko erstreckte, kann jedoch nicht geteilt werden — vorausgesetzt freilich, die als Rechtsbehelf zugesagte Nachbesserung/Ersatzlieferung führt zum Erfolg. Bei dieser Fallkonstellation eine wirksame Haftungsfreizeichnung im Hinblick auf das Schadensersatzrisiko zuzulassen, entspricht vielmehr auch der bisherigen BGH-Judikatur, wie sie sich unter Berücksichtigung der Grundsätze der richterlichen Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB entwickelt hat; ein hiervon abweichendes Ergebnis ist nicht gerechtfertigt. Haftungsbegrenzungsklauseln im Bereich der §§ 463, 480, 635 BGB sind insoweit unbedenklich, als sie schadenstypisch sind; die Besonderheiten eines etwa vorhandenen

⁷⁰⁾ WUSSOW, AHB, S. 143 ff.

⁷¹⁾ BGH v. 12. 5. 1976, DB 1976 S. 1475 = BB 1977 S. 61 mit Anmerkung von TRINKNER.

⁷²⁾ BGH, a.a.O.; BGH v. 11. 10. 1967, DB 1967 S. 2021 = WM 1967 S. 1197 S. 1197.

⁷³⁾ BGH v. 25. 6. 1975, DB 1975 S. 1597 = WM 1975 S. 895; BGH v. 17. 3. 1976, WM 1976 S. 614.

⁷⁴⁾ Hierzu TRINKNER, in: Festschrift für Cohn, S. 171 ff.

⁷⁵⁾ Bejahend: PALANDT/HEINRICHS, § 4 Anm. 2; LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, § 4 Rdnr. 29; SCHLOSSER, § 4 Rdnr. 22; SCHMIDT-SALZER, E 16 KÖTZ, a.a.O., § 4 Rdnr. 8; LARENZ, AT, S. 493. Einschränkung ULMER, § 4 Rdnr. 26 ff. — abstellend auf Vertreter handeln weitergehend DITTMANN/STAHL, Rdnr. 230; im Ergebnis auch wohl STEIN, § 4 Rdnrn. 2 ff., 9 ff. KOCH/STÖBING, § 4 Rdnr. 14.

⁸⁰⁾ BGH v. 29. 5. 1968, BGHZ 50 S. 200 ff. = DB 1968 S. 1171.

⁷⁰⁾ Die Äußerungen von HIDDEMANN, a.a.O., deuten darauf hin, daß Haftungsfreizeichnungen in diesem Bereich unwirksam sind. Vgl. auch die Haftungsfreizeichnung in BGH v. 5. 7. 1978, DB 1978 S. 1878 f.

⁷¹⁾ BGH v. 29. 5. 1968, BGHZ 50 S. 200 ff. = DB 1968 S. 1171.

⁷²⁾ Hierzu SCHMIDT-SALZER, F 127; vgl. auch HENSEN, § 11 Nr. 7 Rdnr. 37.

⁷³⁾ SCHMIDT-SALZER, a.a.O.

Versicherungsschutzes sind hierbei zu berücksichtigen. Der Berufung auf das Erfordernis einer Schriftformklausel steht jedenfalls dann § 4 AGB-Gesetz entgegen, wenn eine mündliche Zusicherung bewiesen werden kann. Damit ist das Haftungsrisiko erheblich gestiegen: Fehlt eine zugesicherte Eigenschaft gem. §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB, dann trägt grundsätzlich der Verkäufer/Lieferant – innerhalb der hier aufgezeigten Grenzen – das daraus

resultierende Schadensersatzrisiko. Er kann es insoweit nicht mehr wirksam auf den Käufer/Besteller in Allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen abwälzen, was auch – insgesamt betrachtet – Konsequenzen für die steuerliche Rückstellungspraxis für die Gewährleistungsrisiken haben muß, ein Thema, das hier jedoch nicht weiter vertieft werden kann, obwohl erkennbar ist, wie sehr sich die Gewährleistungshaftung jetzt verschärft hat.