

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Kollision von Einkaufs- u. Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß

Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages hat Anfang Juni seine Beratungen über das neue AGB-Gesetz beendet¹⁾; sofern das Parlament dieses Gesetz in dieser Legislaturperiode noch verabschiedet, soll es zum 1. 4. 1977 in Kraft treten. Entgegen dem ausdrücklichen Petition des Bundesrats²⁾, das auf die Vorstellungen des Entwurfs der CDU/CSU-Fraktion zurückging³⁾, hat sich der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages nicht dazu durchringen können, ein für die Praxis höchst bedeutsames Problem bei der Verwendung von Geschäftsbedingungen gesetzlich zu lösen: Welche Bedingungen gelten, wenn sich — wie in der Praxis alltäglich — Einkaufs- und Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß gegenüberstehen? Der Rechtsausschuß ist vielmehr insofern den Vorstellungen des Regierungsentwurfs⁴⁾ gefolgt, dieses Problem nicht schon jetzt gesetzlich zu regeln, sondern es — vorzugsweise — der Rechtsprechung, bezogen auf die jeweiligen, oft höchst unterschiedlichen Fallkonstellationen, zu überlassen. Der BDI hatte in seiner Stellungnahme vom 30. 9. 1975 zum AGB-Gesetzesentwurf der Bundesregierung⁵⁾ eine gleichlautende Empfehlung ausgesprochen.

Es soll jetzt hier nicht im einzelnen untersucht werden, ob der Gesetzgeber besonders klug gehandelt hat, sich bei einer für die Alltagspraxis so zentralen Frage einer eindeutigen und klaren Entscheidung zu enthalten und es beim bisherigen, höchst unübersichtlichen Rechtszustand zu belassen. Auch soll den verschiedenen Theorien und Ansichten, die zur Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsabschluß vertreten werden⁶⁾, hier keine weitere hinzugefügt werden.

Zu ermitteln bleibt vielmehr, welchen Trend die Rechtsprechung gegenwärtig eingeschlagen hat, zumal die Bestimmungen des AGB-Gesetzes — vor allem im kaufmännischen Verkehr — erst dann eingreifen können, wenn feststeht, daß die beim Vertragsabschluß zu Grunde gelegten Bedingungen — trotz ihrer Kollision — auch gelten.

¹⁾ Bundestagsdrucksache 7/5412.

²⁾ Hierzu Stellungnahme des Bundesrates in Bundestagsdrucksache Nr. 7/3919, S. 47; die dort als § 5 a vorgesehene Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Nehmen beide Vertragsparteien auf Allgemeine Geschäftsbedingungen Bezug, die sich insgesamt oder in einzelnen Bestimmungen widersprechen und haben sie insoweit eine ausdrückliche Einigung nicht erzielt, so werden Bestimmungen, soweit sie sich widersprechen, für den Vertrag nicht wirksam. § 5, Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.“

³⁾ Hierzu Bundestagsdrucksache Nr. 7/3200, S. 3; dort ist als § 6 die gleiche Bestimmung zu finden, die in § 5 a (vgl. Fn. 2) vorgesehen ist.

⁴⁾ Hierzu Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, in: Bundestagsdrucksache Nr. 7/3919 S. 60.

⁵⁾ Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V. zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen — Bundestagsdrucksache 7/3919 — und zu dem Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen der CDU/CSU — Bundestagsdrucksache 7/3200 — datierend vom 30. 9. 1975, S. 12. Dort heißt es u. a.:

„Ein Verzicht auf die vom Bundesrat empfohlene Regelung hätte weiterhin den Vorteil, daß die Fortentwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich nicht blockiert würde.“

⁶⁾ Hierzu SCHLECHTRIEM, Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsabschluß, in: Festschrift für Wahl, Heidelberg 1973, S. 67 ff.; SCHMIDT-SALZER, BB 1971, 591 ff.; GRASMANN, DB 1971, 561 ff.; WEBER, DB 1970, 2417, 2422; RAISER, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg vor der Höhe 1961, 222 ff.; vgl. auch FELDMANN, Die Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, 166 ff. (Dissertation, Tübingen).

Lösung gemäß § 150, Abs. 2 BGB

Die Rechtsprechung des BGH kann mit Recht bis etwa 1973 die Bezeichnungen „ständig“ und „gefestigt“ für sich reklamieren⁷⁾. Dogmatischer Ansatzpunkt für die Lösung bei einer Kollision von Standardbedingungen war regelmäßig⁸⁾ § 150, Abs. 2 BGB: der Vertragsabschluß blieb zunächst offen, es setzte sich aber dann diejenige Partei durch, welche zuletzt auf ihre Bedingungen verwiesen hatte, sofern die andere Partei die Leistung widerspruchslos entgegennahm oder erbrachte. Nach dieser Regel werden Bestellung plus Bestellbedingungen einerseits und Auftragsbestätigung plus Lieferbedingungen andererseits jeweils als Einheit in bezug auf das Angebots- und Annahmeverhalten von Kunden und Lieferant bewertet. Da sich jedoch Einkaufs- und Verkaufsbedingungen so gut wie nie decken, gelangt § 150, Abs. 2 BGB zum Zug: die auf die Bestellung folgende Auftragsbestätigung ist, da sie eine Änderung, Einschränkung oder Modifizierung derselben infolge Abweichens der Bedingungen enthält, als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag zu bewerten, das Geschäft zu den Bedingungen der Auftragsbestätigung abzuschließen. Dabei geht die Rechtsprechung stets davon aus, daß — im Gegensatz zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben⁹⁾ — auch im kaufmännischen Verkehr auf eine derartig modifizierte Auftragsbestätigung nach § 150, Abs. 2 BGB keine Widerspruchsverpflichtung besteht. Indessen bedeutet dies nicht, daß das Verhalten dieser Partei im übrigen irrelevant ist. Vielmehr gelangt § 242 BGB insoweit zur Anwendung, als die widerspruchslose und schlüssige Leistungserbringung bzw. Leistungsannahme als nach außen erkennbare Willenserklärung gewertet wird, die als Einverständnis mit den Bedingungen derjenigen Partei aufzufassen ist, die zuletzt auf diese verwiesen hat¹⁰⁾.

Regelmäßig wird dies der Lieferant sein¹¹⁾. Seine Auftragsbestätigung ist praktisch das „letzte Wort“, danach folgt bereits die Auslieferung der Ware, und deren rüge- und vorbehaltlose Entgegennahme — der Problembereich des § 377 HGB bleibt insoweit völlig außer Betracht — führt dann zur Geltung der Lieferbedingungen der Auftragsbestätigung. Der Fall kann auch umgekehrt liegen, d. h. der Besteller als Offert setzt sich mit seinen Bedingungen durch¹²⁾; die Leistungserbringung durch den Lieferanten ist dann die nach außen erkennbare schlüssige Willenserklärung gemäß § 242 BGB, die den Vertragsabschluß perfektioniert. Auf Grund dieser Rechtsprechung ist in der Praxis die „Theorie des letzten Worts“ entwickelt worden; ein oft höchst unliebsames Ping-Pong-Spiel findet häufig statt, indem jede Partei widersprechend auf ihre eigenen Bedingungen verweist. Daß dies oft mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden ist, um festzustellen, ob tatsächlich widersprochen wurde, insbesondere aber, ob dieser Widerspruch auch der anderen Partei zugegangen war, oder gar an eventuellen Schriftformerfordernissen scheiterte, lehrt die Praxis. Auffallend ist allerdings: seit 1973 gibt es keine veröffentlichte Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder anerkannter Instanzgerichte, die bei der Kollision von Standardbedingungen die Lösung in § 150, Abs. 2 BGB, verbunden mit § 242 BGB suchen. Im Gegenteil: es gibt mehrere Entscheidungen

⁷⁾ So ausdrücklich SCHLECHTRIEM, a.a.O., 75.

⁸⁾ OLG Stuttgart v. 17. 12. 1947, NJW 1947/48, 383; BGH v. 17. 9. 1954, DB 1954, 882 = LM Nr. 3 zu § 150 BGB; BGH v. 14. 3. 1963, DB 1963, 652 = LM Nr. 6 zu § 150; OLG Köln v. 14. 4. 1971, WM 1971, 846; vgl. aber auch BGH v. 12. 2. 1952, DB 1952, 249 = LM Nr. 2 zu § 150 BGB.

⁹⁾ So nochmals eindeutig BGH v. 26. 9. 1973, DB 1973, 2135; hierzu auch BGH v. 29. 9. 1955, DB 1955, 1084 = LM Nr. 4 zu § 150 BGB; vgl. auch SCHMIDT-SALZER, a.a.O.; GÖTZ/HUHN, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, Bad Homburg vor der Höhe/Berlin/Zürich 1969, 20 ff. — teilweise abweichende Meinungen.

¹⁰⁾ So ausdrücklich BGH v. 14. 3. 1963, DB 1963, 652 = LM Nr. 6 zu § 150 BGB.

¹¹⁾ BGH v. 14. 3. 1963, DB 1963, 652 = LM Nr. 6 zu § 150 BGB; BGH v. 17. 9. 1954, DB 1954, 882 = LM Nr. 3 zu § 150 BGB; insbesondere auch OLG Köln v. 14. 4. 1971, WM 1971, 846; vgl. auch BGH v. 29. 9. 1955, BGHZ 18, 212, 216 f. = DB 1955, 1084.

¹²⁾ Hierzu vor allem BGH v. 12. 2. 1952, DB 1952, 249 = LM Nr. 2 zu § 150 BGB.

des BGH¹³⁾ und anderer Instanzgerichte¹⁴⁾, die die Lösung des Kollisionsproblems von Standardbedingungen beim Vertragsabschluß ausschließlich in § 154 BGB im Rahmen eines sogenannten „partiellen Dissenses“ suchen.

Die Lösung über §§ 154, 155 BGB

Bei diesem Lösungsansatz scheitert der Vertragsabschluß nicht zunächst an der Barriere des § 150, Abs. 2 BGB. Vielmehr geht diese Lösung einer praktischen Einsicht folgend davon aus: Haben sich beide Vertragsparteien auf die wesentlichen Punkte eines abzuschließenden Geschäfts geeinigt, dann kommt bereits insoweit ein Vertrag zustande; der vorhandene Dissens auf Grund divergierender Einkaufs- und Verkaufsbedingungen wird nicht als erheblich angesehen, so daß die Regel des § 154, Abs. 1 BGB nicht zum Zuge kommt. Mit anderen Worten: Sowohl Kunde als auch Lieferant wollen beide in der Regel übereinstimmend das Geschäft – und zwar durchaus oft im vollen Bewußtsein der Tatsache, daß die verwendeten Bedingungen einander widersprechen – und dies selbst dann, wenn beiderseits sehr weitreichende Abwehrklauseln in bezug auf die Geltung entgegenstehender Bedingungen vorgesehen sind¹⁵⁾. Anstelle der sich widersprechenden Bedingungswerke tritt dann die gesetzliche Regelung, wobei noch zu klären ist, ob dies nur insoweit gilt, als tatsächlich Widersprüche in den Bedingungswerken in einzelnen vorhanden sind, oder ob dies als totale Außerkraftsetzung der widersprechenden Bedingungen qualifiziert werden muß. In praktischer Hinsicht ist diese Lösung mit Hilfe des „partiellen Dissenses“ für die Vertragsparteien von weitreichender Bedeutung: Da sich Einkaufs- und Verkaufsbedingungen regelmäßig in wesentlichen Punkten widersprechen werden, führt dies für den Lieferanten in diesen Fällen zu einer gesetzlichen, d. h. unbegrenzten Verzugs- und Gewährleistungshaftung, einschließlich einer Haftung für „Folgeschäden“, während der Kunde/Käufer die praktisch meist nur sehr schwer zu nehmende Hürde des § 377 HGB überwinden muß¹⁶⁾, um Ansprüche in Ansehung von Mängeln geltend machen zu können. Da sich auch die Gerichtsstandsklauseln regelmäßig in den Einkaufs- und Verkaufsbedingungen widersprechen, bleibt es insoweit bei der gesetzlichen Lösung. Ein Sonderproblem für den Lieferanten sind indessen die Eigentumsvorbehaltsklauseln, wie eine neue Entscheidung des LG Hagen belegt hat¹⁷⁾.

Festzuhalten bleibt in jedem Fall: Auch in seinen jüngsten Entscheidungen zur Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsabschluß hat der BGH die mögliche Lösung über § 150 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 242 BGB nicht für alle denkbaren Fälle aufgegeben. Aus der Rechtsprechung wird vielmehr ersichtlich, daß es sich insoweit um fallspezifische Urteile handelt, was deren Bedeutung für die Praxis freilich keineswegs mindert¹⁸⁾. Die letzten beiden Entscheidungen des BGH sind dadurch gekennzeichnet, daß der Kunde/Besteller in seinen Einkaufsbedingungen jeweils klar zum Ausdruck gebracht hat, daß er entgegenstehende Lieferbedingungen nur anerkennen könne, wenn er dies schriftlich bestätigt habe. In beiden Fällen kam es zu einem Lieferverzug. Folge davon war, daß beide Parteien sich darüber stritten, ob für die Regelung der Verzugsfolgen die je eigenen Bedingungen maßgebend seien. Während in der Entscheidung vom 10. 6. 1974¹⁹⁾ infolge des Streits der Parteien eine Lieferung nicht mehr erfolgte, lieferte der Verkäufer in der Entscheidung

vom 26. 9. 1973 die Ware aus²⁰⁾. Daraus hat Vogt die Schlußfolgerung abgeleitet²¹⁾, diese Urteile bewiesen keineswegs, daß der BGH seine früheren Entscheidungen zu § 150, Abs. 2 BGB tatsächlich nunmehr aufgegeben habe. Denn der eigentlich praktische Fall sei eben der, daß die Parteien nicht vor Ausführung der Lieferung darüber offen stritten, nach welchen Bedingungen bestimmte Folgen einer schon eingetretenen Vertragsverletzung zu beurteilen seien. Mit anderen Worten: Nach der Ansicht von Vogt gilt für den praktischen Fall der Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsabschluß – sofern keine zusätzlichen weiteren Erklärungen abgegeben werden – weiterhin die Regel des „letzten Worts“ gemäß § 150 Abs. 2 BGB.

Diese sachverhaltsspezifische Argumentation von Vogt mag zwar gegenüber den beiden Entscheidungen des BGH zutreffend sein. Aber sie trifft eine Reihe anderer, allerdings instanzgerichtlicher Entscheidungen nicht: die des OLG Karlsruhe²²⁾, die des OLG Frankfurt²³⁾ und die des LG Hagen²⁴⁾; alle diese Entscheidungen beruhen auf eben jenem alltäglichen Sachverhalt: eine Bestellung trifft auf eine Auftragsbestätigung, die widersprüchliche Konditionen ausweist – mit der Maßgabe, daß der Kunde/Besteller die Lieferung jeweils widerspruchlos entgegennimmt. Wichtig ist auch folgendes: Hätte der BGH in seinen beiden Entscheidungen unverbrüchlich an der Lösung gemäß § 150, Abs. 2 BGB festgehalten, dann hätte er in beiden Entscheidungen den Vertragsabschluß scheitern lassen müssen – und zwar nicht nur hinsichtlich der einander widersprechenden Bedingungswerke, sondern insgesamt: Aufgrund des entstandenen Streits der Parteien, welche Bedingungswerke gelten sollten, fehlte es nämlich ersichtlich an einer schlüssigen Willenserklärung einer der beiden Parteien, die gemäß § 150, Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 242 BGB als Einverständnis mit den entgegenstehenden Bedingungen der anderen Partei bewertet werden konnte. Materieller Ausgangspunkt für die Lösung über § 154 BGB war indessen in beiden Fällen nicht der akute Streit beider Parteien über die Geltung der jeweiligen Bedingungswerke, sondern bereits die Tatsache, daß in den Bestellbedingungen erkennbar entgegenstehende Lieferbedingungen abgewehrt werden sollten. Die gleiche Grundüberlegung ergibt sich aus den Entscheidungen des OLG Karlsruhe²⁵⁾, des OLG Frankfurt²⁶⁾ und aus der des LG Hagen²⁷⁾; sie wird überdies von einer früheren Entscheidung des BGH bestätigt²⁸⁾.

Damit kann man als Regel festhalten: Nach der neuen Rechtsprechung gilt bei widerstreitenden Einkaufs- und Verkaufsbedingungen dann Gesetz, wenn für den Lieferanten infolge des Textes der Bestellbedingungen klar zum Ausdruck gebracht wird, daß entgegenstehende Verkaufs- und Lieferbedingungen nicht zum Zuge kommen sollen. Es kommt dann auf die Fassung der Verkaufs- und Lieferbedingungen in ihrer Abwehrklausel nicht mehr entscheidend an.

Dabei kann es in der Sache keinen Unterschied machen, ob diese Abwehrklausel in den Bestellbedingungen in der Weise qualifiziert sind, daß entgegenstehende Verkaufs- und Lieferbedingungen nur dann gelten, wenn der Kunde/Besteller diese schriftlich bestätigt hat²⁹⁾ oder auch dann, wenn der Text dieser Abwehrklauseln lediglich lautet, daß die Bestellbedingungen „ausschließlich“ oder „nur“ gelten sollen.

Damit bleibt die Frage zu klären, ob die gleiche Rechtsfolge gemäß § 154 BGB auch dann gilt, wenn der Besteller lediglich

¹³⁾ BGH v. 26. 9. 1973, DB 1973, 2135; BGH v. 10. 6. 1974, DB 1974, 2436; vgl. auch BGH v. 28. 5. 1973, DB 1973, 1393.

¹⁴⁾ OLG Karlsruhe v. 8. 8. 1972, DB 1972, 1914; OLG Frankfurt v. 5. 4. 1975, BB 1975, 1606; LG Hagen v. 27. 2. 1975, BB 1976, 723.

¹⁵⁾ So vor allem OLG Karlsruhe, a.a.O.; LG Hagen, a.a.O.

¹⁶⁾ Hierzu BGH v. 17. 2. 1959, DB 1959, 457 = LM Nr. 6 zu § 377 HGB; BGH v. 26. 2. 1964, DB 1964, 437 = LM Nr. 9 zu § 377; BGH v. 19. 3. 1969, DB 1969, 831 = LM Nr. 12 zu § 377 HGB; BGH v. 14. 10. 1970, DB 1970, 2165 = LM Nr. 13 zu § 377 HGB; BGH v. 29. 11. 1972, DB 1973, 371 = LM Nr. 14 zu § 377 HGB.

¹⁷⁾ LG Hagen v. 27. 2. 1975, BB 1976, 723.

¹⁸⁾ Hierzu SCHLECHTRIEM, BB 1974, 1309 ff.

¹⁹⁾ BGH v. 10. 6. 1974, BB 1974, 1136.

²⁰⁾ BGH v. 26. 9. 1973, DB 1973, 2135.

²¹⁾ VOGT, BB 1975, 200.

²²⁾ OLG Karlsruhe, a.a.O. (Fußn. 14).

²³⁾ OLG Frankfurt, a.a.O. (Fußn. 14).

²⁴⁾ LG Hagen, a.a.O. (Fußn. 14).

²⁵⁾ OLG Karlsruhe, a.a.O.

²⁶⁾ OLG Frankfurt, a.a.O.

²⁷⁾ LG Hagen, a.a.O.

²⁸⁾ So vor allem BGH v. 25. 6. 1957, DB 1957, 769 = LM Nr. 5 zu § 150 BGB.

²⁹⁾ So lautete die Abwehrklausel z. B. in BGH v. 10. 6. 1974, DB 1974, 2466; ebenso in BGH v. 26. 9. 1973, DB 1973, 2135; so auch im Fall des LG Hagen, a.a.O.

seine eigenen Bedingungen in Bezug genommen, der Lieferant aber erkennbar entgegenstehende Bedingungen „qualifiziert“ abgewehrt hat, z. B. dadurch, daß der Lieferant in seinen Bedingungen für die Anerkennung entgegenstehender AGB Schriftlichkeit vorgesehen oder bedungen hat, daß seine Verkaufs- und Lieferbedingungen „ausschließlich“ oder „nur“ gelten sollen. Es gibt durchaus Rechtsprechungsergebnisse, die bei dieser Fallkonstellation die Geltung der Verkaufs- und Lieferbedingungen gemäß § 150, Abs. 2 BGB angenommen haben³⁰⁾. *Grasmann*³¹⁾ will aus der jeweiligen Typizität von Abwehrklauseln – eingeteilt nach einfachen oder qualifizierten Abwehrklauseln – ein System für die jeweilige Geltung der Bedingungen ableiten, wobei die qualifizierten Abwehrklauseln („es gelten ausschließlich meine Bedingungen“ oder „meine Bedingungen gelten nur dann nicht, wenn entgegenstehende Bedingungen ausdrücklich schriftlich anerkannt worden sind“) einfache Abwehrklauseln (lediglich Inbezugnahme der eigenen Bedingungen) verdrängen. Allerdings findet die jeweilige Fallkonstellation – Schweigen beider Parteien nach Inbezugnahme der eigenen AGB oder teilweise Einigung – durchaus im Rahmen dieses Konzeptes Berücksichtigung. *Schlechtriem*³²⁾ ist dieser Auffassung entgegengetreten; m. E. zu Recht. Zwar verdeutlicht die tabellarische Übersicht von *Grasmann*³³⁾ die bis dato ergangenen BGH-Entscheidungen. Aber die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung – zumal der Instanzgerichte³⁴⁾ – entsprechen dem System von *Grasmann* nicht mehr. Denn danach gilt – trotz der Tatsache, daß die Parteien nach schriftlichem Austausch der divergierenden AGB schweigen oder die Leistung erbringen bzw. annehmen – nicht das Bedingungswerk des Lieferanten, und auch nicht das des Bestellers, sondern es kommen die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung.

In dogmatischer Hinsicht ist entscheidend: Die Abwehrklauseln in den jeweiligen AGB werden, wie *Schmidt-Salzer* zu Recht bemerkt hat³⁵⁾, nicht in Bezug auf den jeweiligen Vertragsabschluß, sondern generell abgegeben. Daraus hat *Schmidt-Salzer* wiederum abgeleitet, es komme für die jeweilige Geltung der AGB auf die Typisierung des Einbeziehungsvertrages an³⁶⁾, d. h. ein handschriftlicher Einbeziehungsvertrag verdrängt den maschinenschriftlichen, dieser wiederum den drucktechnisch abgefaßten Verweis – ein Vorschlag, der als „Druckerschwärzereiterium“³⁷⁾ apostrophiert worden ist. Ohne auf diesen Lösungsvorschlag hier näher einzugehen, der in der Rechtsprechung auch keine Gefolgschaft gefunden hat, ist für die hier anzustellenden Erwägungen doch maßgeblich: Generell formulierte Abwehrklauseln in AGB haben in bezug auf den Einzelvertrag keine durchgreifende Bedeutung im Rahmen eines Einigungsvorbehalts nach § 154, Abs. 1 BGB³⁸⁾. Zudem fällt ins Gewicht, stellt man nämlich auf die jeweilige Typizität einer Abwehrklausel ab, dann öffnet sich der zu Recht bekämpften Kautelarjurisprudenz bei der Abfassung von AGB wiederum Tür und Tor. Denn es stellt sich ja dann gleich die Frage, ob eine Abwehrklausel, die „nur“ auf die eigenen Bedingungen abhebt und entgegenstehende nur im Fall schriftlicher Einigung anerkennen will, nicht minderwertiger gegenüber einer Klausel ist, die – darüber hinaus – vorsieht, daß selbst die stillschweigend-schlüssige Leistungsannahme bzw. Leistungserbringung nicht als Einverständnis mit entgegenstehenden AGB zu qualifizieren ist – eine durchaus aktuelle Frage, da derartige Abwehrklauseln in den AGB der Industrie inzwischen gang und gäbe sind. Ob solche Klauseln indessen nicht eine unzulässige Fiktion darstellen und im Widerspruch zum Individualverhalten der jeweiligen Partei stehen, soll hier nicht weiter

erörtert werden³⁹⁾; m. E. ist diese Frage zu bejahen. Dennoch ist es der gerade in diesem Bereich erforderlichen Rechtssicherheit keineswegs zuträglich, wenn die Qualifizierung von Abwehrklauseln entgegenstehender AGB zum Maßstab ihrer Geltung bei Kollisionsfällen erhoben wird. Daher sollte als maßgebendes Kriterium bei widerstreitenden Einkaufs- und Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß allein ein etwa vorhandener Dissens nach § 154 BGB sein, der durch einen Konsens über die „essentialia negotii“ gemäß § 155 BGB⁴⁰⁾ außer Kraft gesetzt werden kann und folglich den Vertragsabschluß nicht hindert. Soweit aber der Dissens über die AGB-Klauseln reicht, gelten die gesetzlichen Bestimmungen.

Diese Lösung wird überwiegend von der Literatur vertreten⁴¹⁾. Sie wird auch in den neuesten Auflagen der maßgebenden Handkommentare zum BGB im Anschluß an die BGH-Rechtsprechung für zutreffend erachtet⁴²⁾. Ob diese Auffassung im *Palandt* und im *Erman* insoweit nur fallspezifisch für die vom BGH entschiedenen Fälle gelten soll, ist nicht klar zum Ausdruck gebracht. Vieles spricht jedoch dafür, daß die gewählte Lösung des Kollisionsproblems hier weiter gesehen wird und deshalb schlechthin mangels anderweitiger ausdrücklicher Einigung der Parteien über die Geltung der verwendeten AGB zum Tragen kommen soll. Die CDU/CSU-Fraktion und der Bundesrat⁴³⁾ haben daher in teilweiser Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung eine gesetzliche Regelung vorgesehen, die genau in diese Richtung zielt. Sie hat folgenden Wortlaut:

„Nehmen beide Parteien auf Allgemeine Geschäftsbedingungen Bezug, die sich insgesamt oder in einzelnen Bestimmungen widersprechen, und haben sie insoweit eine ausdrückliche Einigung nicht erzielt, so werden die sich widersprechenden Bestimmungen für den Vertrag nicht wirksam.“

Da diese Formulierung auf den Tatbestand einer „ausdrücklichen Einigung“ in bezug auf die widerstreitenden AGB abstellt, wird auch der Fall erfaßt, daß eine der beiden Parteien ausdrücklich und gesondert den entgegenstehenden Bedingungen widerspricht. Liefert dann die andere Partei bzw. nimmt sie die Lieferung widerspruchslos entgegen, dann scheidet nach diesem Vorschlag ein Vertragsabschluß zu den Bedingungen des Widersprechenden, weil eben eine „ausdrückliche Einigung“ nicht gegeben ist. Vielmehr liegt auf der anderen Seite nur eine stillschweigende, aber schlüssige Willenserklärung vor. Es erscheint jedoch nicht gerechtfertigt, in diesen Fällen hinsichtlich der widersprechenden AGB die gesetzlichen Bestimmungen eingreifen zu lassen. Denn die sich passiv verhaltende Partei ist hier kaum schutzbedürftig. Vielmehr erscheint es angemessen, in diesen Fällen – aber auch nur in diesen Fällen – es bei der bisherigen Lösungsalternative des Kollisionsproblems gemäß § 150 Abs. 2 BGB zu belassen.

Die praktischen Konsequenzen der Lösungsalternative gemäß § 154 BGB

Beläßt man es also für den Fall eines deutlichen und gesonderten Widerspruchs einer Seite gegen die Geltung der AGB der anderen Partei unter den Voraussetzungen der widerspruchslosen Leistungserbringung bzw. Leistungsannahme bei der Lösung gemäß § 150, Abs. 2 BGB, wählt man aber für alle anderen Fälle kollidierender Einkaufs- und Verkaufsbedingungen den Weg über § 154 BGB, so stellt sich zunächst die Frage: entfallen damit die

³⁹⁾ Vgl. Bundestagsdrucksache Nr. 7/3919, § 4 mit folgendem Wortlaut:

„Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.“ Vgl. darüber hinaus auch die dort enthaltene Regelung gemäß § 9, Ziff. 15, b.

⁴⁰⁾ Hierzu LUKES, JuS 1961, 301, 306.

⁴¹⁾ So RAISER, a.a.O., 224 f.; EMMERICH, JuS 1972, 361, 365; TEN-GELMANN, DB 1968, 205; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 672 ff.; LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 453 f.; WEBER, DB 1970, 2417, 2422 f.; SCHLECHTRIEM, a.a.O., 76 ff.

⁴²⁾ PALANDT/HEINRICH, Einführung 6 B, dd zu § 145 BGB; ERMAN/HEFERMEHL, § 150, Anm. 7.

⁴³⁾ Hierzu Fußn. 2.

³⁰⁾ So vor allem BGH, 17. 9. 1954, DB 1954, 882 = LM Nr. 3 zu § 150 BGB; OLG Köln v. 14. 4. 1971, WM 1971, 846.

³¹⁾ GRASMANN, DB 1971, 561 ff., insbesondere S. 563.

³²⁾ SCHLECHTRIEM, Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsschluß, 77 bei Fußn. 45.

³³⁾ GRASMANN, a.a.O.

³⁴⁾ Hierzu Fußn. 14.

³⁵⁾ SCHMIDT-SALZER, BB 1971, 551, 556.

³⁶⁾ Im einzelnen SCHMIDT-SALZER, a.a.O.

³⁷⁾ GRUNSKY, BB 1971, 1113.

³⁸⁾ So auch SCHLECHTRIEM, a.a.O., 77.

in bezug genommenen AGB jeweils zur Gesamtheit, weil eben eine Einigung nicht erzielt wurde? Oder treten die gesetzlichen Bestimmungen nur insoweit in Kraft, als die Bedingungen sich tatsächlich im einzelnen widersprechen? Auch wenn in einigen Entscheidungen die erste Alternative anklingt⁴⁴⁾, halte ich diese mit *Schlechtriem*⁴⁵⁾ für abwegig. Denn sie entspricht nicht der hier gegebenen und durchzuführenden Konsens- bzw. Dissensproblematik, welche den Vertragsabschluß regiert. Demzufolge wird man vielmehr — ungeachtet etwa vorhandener pauschaler Abwehrklauseln — einen Konsens in einzelnen Punkten durchaus für möglich halten müssen — mit der Folge, daß jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, inwieweit tatsächlich eine sachlich-rechtliche Übereinstimmung der Bedingungswerke vorliegt. Ob sich die Parteien dessen bewußt sind oder nicht, ist gleichgültig. Denn eine tatsächlich gelungene Einbeziehung der eigenen AGB in das Vertragsangebot bzw. in die Vertragsannahme bewirkt die Geltung dieser AGB, sofern es sich nicht im Einzelfall um überraschende Klauseln handelt⁴⁶⁾.

Wie bereits kurz angedeutet, wirkt sich der Widerspruch der Bedingungswerke bei einer Kollision von Einkaufs- und Verkaufsbedingungen für den Lieferanten im Rahmen der Verzugshaftung und der Gewährleistungshaftung nachteilig aus. Denn die Bestellbedingungen enthalten hier regelmäßig den Verkaufs- und Lieferbedingungen entgegenstehende Klauseln. Umgekehrt trifft den Besteller in den meisten Fällen die volle Bürde des § 377 HGB. Dies wiegt deswegen schwer, weil Bestellbedingungen hier — wenn sie überhaupt etwas taugen sollen — von der gesetzlichen Bestimmung abweichende Formulierungen enthalten. Diese berücksichtigen, daß organisatorisch in aller Regel eine Trennung zwischen der Wareingangskontrolle und der Materialwirtschaft durchgeführt ist. Zur Folge hat dies: Im Rahmen der Wareingangskontrolle werden oft nur oberflächliche Untersuchungen der angelieferten Waren vorgenommen; erst bei der Verarbeitung wird die Ware sodann auf spezifische Fehler und Mängel untersucht. Unter der Voraussetzung jedoch, daß im Rahmen der Wareingangskontrolle nicht alle Untersuchungen auf in Betracht kommende Mängel vorgenommen werden, handelt es sich nicht um einen „versteckten Mangel“ im Sinn des § 377 — mit der Folge, daß Ansprüche jedweder Art in Ansehung des Mangels gemäß § 377, Abs. 2 HGB regelmäßig nicht mehr geltend gemacht werden können. Damit werden in der Praxis die §§ 377, 378 HGB zur maßgebenden Verteidigung des Lieferanten gegen die gesetzliche Haftung wegen Gewährleistungsbruchs — eine Haftung, die von Gesetzeswegen die Haftung für „Folgeschäden“ als verschuldensabhängige bzw. verschuldensunabhängige Einstandspflicht (vgl. § 463, Satz 1 BGB) einschließt. Dieses Risiko trifft sicherlich in vielen Fällen hart. Es ist aber die Konsequenz der Einsicht, daß Haftungsrisiken nicht im blinden Vertrauen auf die Bestimmungen der eigenen AGB abzuwälzen, sondern vorzugsweise einzelvertraglich zu erfassen sind.

Gewiß erfordert dies ein höheres vertragsrechtliches Know-how; es ist auch aufwendiger und mühevoller, aber es ist sicherer. Nicht nur unter dieser Perspektive ist eine einzelvertragliche Risikoabsicherung geboten, mehr noch unter dem Gesichtswinkel des gesamten AGB-Gesetzes. Dieses gilt ja mittelbar auch für Kaufleute und verbietet die Verwendung einseitig den Aufsteller begünstigender AGB-Klauseln — wenn nicht unmittelbar, so doch über die Wirkung der für Kaufleute Anwendung findenden Generalklausel⁴⁷⁾.

Es bleibt abschließend noch die Frage zu beantworten, ob die gesetzlichen Bestimmungen auch dann gelten, wenn nur eine Partei eine bestimmte AGB-Klausel in ihre Bedingungen aufgenommen, die andere aber die gesetzliche Regelung infolge ihres Schweigens bedungen hat. Zum Beispiel, die Lieferbedingungen enthalten regelmäßig weitreichende Eigentumsvorbehaltsklauseln, die Bestellbedingungen aber sagen darüber meistens gar nichts aus. Oder: die Bestellbedingungen regeln im Rahmen der Gewährleistungspflicht des Lieferanten lediglich Nachbesserungs- bzw. Erlieferanten nicht, wohingegen dieser Schadenersatzansprüche jedweder Art regelmäßig in seinen Liefer- und Verkaufsbedingungen ausgeschlossen hat. Die Lösung dieser Fälle muß ebenfalls im Zusammenhang des Konsens- bzw. Dissensproblems gesucht und gefunden werden. Dies bestätigt auch die Entscheidung des LG Hagen⁴⁸⁾ zumindest indirekt, die bei kollidierenden AGB die Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts auf Grund der Lieferbedingungen wegen entgegenstehender Einkaufsbedingungen ablehnte, wohl aber andeutete, daß in bezug auf einen einfachen Eigentumsvorbehalt etwas anderes gelten könne, weil dieser auch stillschweigend vereinbart werden könne. Zu Recht: Ein einfacher Eigentumsvorbehalt ist in der Industrie durchaus üblich, ohne dadurch schon Handelsbrauch zu sein⁴⁹⁾. Ein weitergehender Eigentumsvorbehalt bedarf jedoch wegen seiner fallspezifischen Ausgestaltung in jedem Fall der vertraglichen Vereinbarung. Die Blankettbestimmung in den meisten Bestell-AGB kann daher hinsichtlich eines einfachen Eigentumsvorbehalts gemäß § 455 BGB kraft stillschweigender Abrede auf Grund einseitiger Bestimmung in den Lieferbedingungen ausgefüllt werden. Würde man dies nicht zulassen, käme man selbst in diesem Fall zu absonderlichen Resultaten: Der Lieferant will ja regelmäßig nur auf Grund der eigenen Verkaufsbedingungen vorbehaltenes Eigentum gemäß § 455 BGB übertragen. Lehnt man insoweit einen Konsens ab, dann geht Eigentum mangels Einigung nach § 929 BGB nicht über; der Besteller erhält nur den Besitz. Für einen späteren Eigentumsübergang im Sinn der §§ 929 ff. BGB fehlt es aber an der erforderlichen Einigung. Dieses gewiß wenig wünschenswerte Resultat ist indessen die unvermeidliche Konsequenz dann, wenn andere Eigentumsvorbehaltsformen als die nach § 455 BGB vorgesehen werden sollen. Im praktischen Resultat bestätigt sich damit aber nur: Kommt es dem Lieferanten ganz maßgeblich auf Eigentumsvorbehaltsrechte an, die den Rahmen des § 455 BGB überschreiten, dann gehören diese praktisch zu den „essentialia negotii“ — mit der Maßgabe, daß dann mangels ausdrücklicher Einigung über diese Fragen der Vertragsabschluß gemäß § 154 BGB scheitert. Deshalb muß in diesen Fällen der Lieferant dafür Sorge tragen — und zwar aktiv —, daß seine Bedingungen vom Besteller tatsächlich anerkannt werden. Tut er dies nicht, dann ist entweder der Vertrag ohne Eigentumsvorbehaltsklausel zustande gekommen (wenn der Eigentumsvorbehalt dem Lieferanten gleichgültig ist) oder der Vertragsabschluß scheitert gemäß § 154 BGB mangels tatsächlicher Einigung über diesen Hauptpunkt, sofern die Eigentumsvorbehaltsklausel für den Lieferanten, was dem Kunden erkennbar gewesen sein muß, zentrale Bedeutung gehabt haben sollte. Genauso verhält es sich in bezug auf die oben angesprochene Begrenzung der Haftung des Lieferanten im Rahmen des Verzugs und des Gewährbruchs. Sie ist nicht im

⁴⁴⁾ So vor allem OLG Karlsruhe, a.a.O. (FuBn. 14); so auch wohl OLG Karlsruhe v. 27. 3. 1973, BB 1973, 816; vgl. auch LG Hagen, a.a.O. (FuBn. 14).

⁴⁵⁾ SCHLECHTRIEM, a.a.O., 77 f.; abweichend wohl WEBER, a.a.O.; ebenso EMMERICH, a.a.O.; ebenso FLUME, a.a.O.; wie hier aber auch ERMANN/HEFERMEHL, a.a.O.

⁴⁶⁾ Vgl. Bundestagsdrucksache 7/3919, wo in § 3 folgendes vorgesehen ist:
„Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.“

⁴⁷⁾ Hierzu § 9 (vgl. Bundestagsdrucksache 7/5412 — vom Bundestag genehmigte Fassung):

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

⁴⁸⁾ LG Hagen, a.a.O.

⁴⁹⁾ Hierzu im einzelnen SERICK, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, Heidelberg 1963, 85 ff.

Rahmen eines stillschweigend zu konstruierenden Konsenses anzunehmen. Dies — im Gegensatz zu § 455 BGB — schon deswegen nicht, weil es insoweit — bei Schweigen der Bestellbedingungen in diesem Punkt — keine gesetzliche Regelung gibt, auf die man eine stillschweigende Willenserklärung mit der Maßgabe basieren könnte, daß eine Haftungsbegrenzung tatsächlich eingreift. Dies gilt auch in bezug auf die berüchtigte Haftung für „Folgeschäden“; sie ist von Gesetzeswegen keineswegs ausgeschlossen — ganz abgesehen davon, daß insoweit zugunsten des Lieferanten teilweise Deckungsschutz nach Maßgabe des HUK-Produkthaftungsmodells besteht⁹⁰⁾, also der Lieferant insoweit nicht unbedingt schutzwürdig erscheint, sofern er nicht aktiv für eine Haftungsbegrenzung Sorge getragen hat.

Ergebnis

Bei widerstreitenden Einkaufs- und Verkaufsbedingungen ist grundsätzlich nach Maßgabe der jüngsten Rechtsprechung anzunehmen, daß die gesetzlichen Bestimmungen gelten, soweit die Bedingungen einander im einzelnen widersprechen. Die Lösung ergibt sich insoweit aus § 154 BGB in Verbindung mit § 155 BGB.

⁹⁰⁾ Hierzu SCHLEGELMILCH, Die Absicherung der Produkthaftpflicht, München 1975, 101 ff.

Auf die Qualität und Typizität von sogenannten Abwehrklauseln kommt es dabei nicht an. Es reicht vielmehr aus, ist aber auch erforderlich, daß die widerstreitenden Einkaufs- und Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß kollidieren. Die Lösung gemäß § 150 Abs. 2 BGB ist auf die Fälle beschränkt, in denen eine Partei ausdrücklich und gesondert, also nicht im Rahmen einer Bestellung bzw. Auftragsbestätigung der Geltung entgegenstehender AGB widersprochen und die andere Partei sodann die Leistung erbracht bzw. diese widerspruchslos angenommen hat (§ 242 BGB). Trifft eine einseitige Regelung einer Rechtsfolge in AGB auf ein Blankett in den entgegenstehenden Bedingungen, so kommt insoweit die gesetzliche Bestimmung grundsätzlich zum Zug. Dies gilt nur dann nicht, soweit sich in diesem Punkt stillschweigend ein Konsens finden läßt, der die in der AGB-Klausel angesprochene vertragliche Lösung akzeptiert. Diese Rechtsfolge gilt praktisch nur in bezug auf den einfachen Eigentumsvorbehalt in Verkaufs- und Lieferbedingungen gemäß § 455 BGB. Denn dieser Tatbestand kann stillschweigend vereinbart werden. Im übrigen sind an das Vorliegen derartiger stillschweigender Konsense strenge Anforderungen zu stellen, um nicht Gefahr zu laufen, auf diese Weise durch die „Hintertür“ praktisch die Lösungsalternative über § 150, Abs. 2 BGB wieder zum Tragen zu bringen.